

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA NOTION ET LES ÉLÉMENTS
CONSTITUTIFS

DE LA

POSSESSION EN LÉGISLATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 3 mars 1923. à 4 h. 1/2

PAR

Léon E. RADULESCO

Président : M. LÉVY-ULHMANN, Professeur

Suffragants } *MM. CAPITANT, Professeur*
 HÉMARD, Professeur

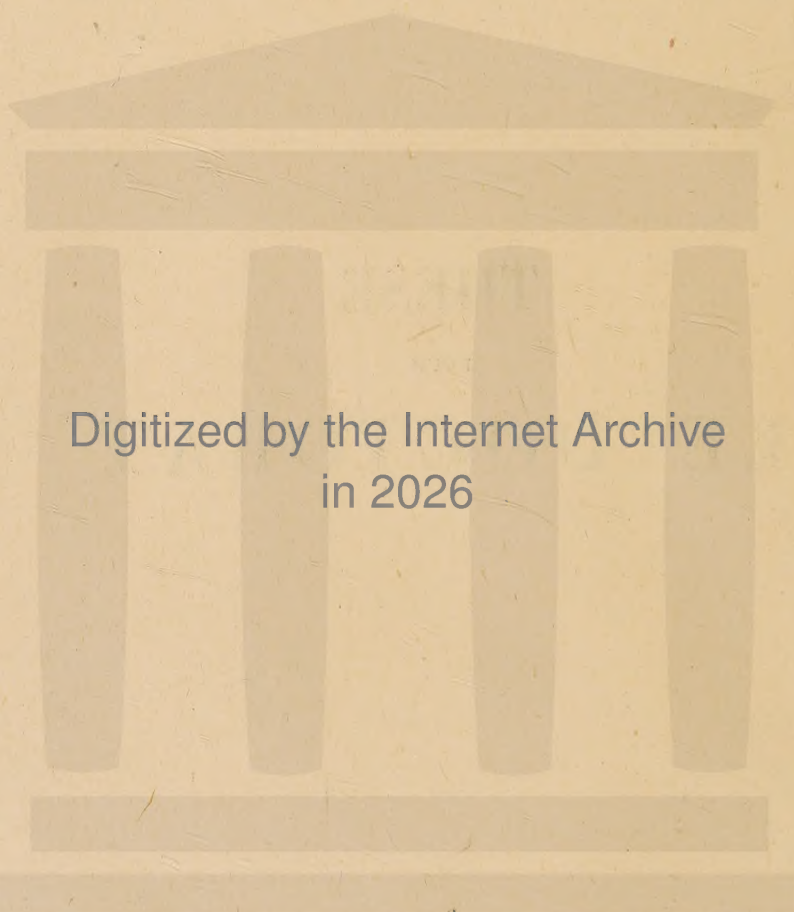
PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

45, RUE RACINE, 45

1923

THESE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547503_0027

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA NOTION ET LES ÉLÉMENTS
CONSTITUTIFS
DE LA
POSSESSION EN LÉGISLATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 3 mars 1923, à 4 h. 1/2

PAR

Léon-E. RADULESCO

Président : M. LÉVY-ULMANN, Professeur
Suffragants } *MM. CAPITANT, Professeur*
 } *HÉMARD, Professeur*

PARIS
JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS
45, RUE RACINE, 45

1923

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses: ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



AVANT-PROPOS

Il y a peu de sujets en droit privé, sur lesquels il ait été autant écrit que sur la possession. Des maîtres incomparables, comme Savigny, Ihering et Saleilles se sont longuement occupés de la question ; il serait bien difficile d'apporter du nouveau sur ce sujet, à moins que l'on ne se perde à donner des solutions pour des hypothèses plus ou moins alambiquées.

Le phénomène, dans le domaine du Droit, du dédoublement de la possession à côté de la propriété se retrouve dans toutes les législations, ce qui est un signe certain qu'il correspond à un besoin invincible.

Comme la définition que le Code civil français donne de la possession est des plus larges, — on pourrait même dire qu'elle est trop vague, donnant ainsi à la doctrine une grande liberté d'interprétation, — j'ai essayé d'exposer dans les pages qui vont suivre, l'état de la question en législation.

LA NOTION ET LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS
DE LA
POSSESSION EN LÉGISLATION

CHAPITRE INTRODUCTIF

**Etymologie. Notion populaire
de la possession**

Le terme possidere est composé du verbe « sedere » et du préfixe de renforcement « por », de sorte que *sedere*, signifiant s'asseoir ou être assis, *possidere* signifiera s'établir ou être établi. Dans les langues germaniques l'équivalent de possidere, besitzen, a une étymologie identique dérivant de sitzen, s'asseoir ou être assis.

Dans son acception première, le mot possession s'appliquait uniquement aux fonds de terre (1). Il désignait à la fois la possession et une possession. Festus en précise la signification : les possessions sont des champs, mais non pas n'importe quels champs, on réserve ce nom aux parcelles du domaine public, dont l'occupation par les particuliers était permise. Avec le temps l'emploi du mot possession fut étendu par l'usage aux terres appartenant en propriété aux simples particuliers et on disait : j'ai une

1. Voir E. Cuq, *Recherches sur la possession à Rome*, p. 7.

possession comme on aurait dit, j'ai un champ. La jurisprudence, au dernier siècle de la République, commençant à distinguer les choses corporelles des choses incorporelles, réagit contre cet emploi abusif du mot possession consistant à confondre l'usage, chose intellectuelle, avec l'objet matériel de cet usage. Ainsi la notion commence à s'éloigner de son origine purement matérielle ; ce fut le point de départ du processus d'intellectualisation, qu'elle subit par la suite et au cours duquel l'élément matériel de la notion diminue de plus en plus, dans une mesure très grande, pour le langage juridique. La possession correspondant à diverses nécessités de la technique juridique, la notion est passée dans le langage juridique. Passée dans le langage juridique et afin de s'adapter aux besoins auxquels elle correspondait, elle a été amplement intellectualisée, spiritualisée, par les juristes et le législateur. La diminution de l'élément matériel a été moindre pour la notion populaire.

Quoi qu'il en soit, de cette étymologie il appert que la possession est un certain rapport extérieur entre une personne et une chose, c'est le rapport extérieur, qui consiste à être établi sur une chose, à occuper une chose, le rapport extérieur immédiat entre une personne et une chose. Mais, en anticipant sur la suite de l'exposé, j'ajouterai tout de suite une élément, l'idée de *maîtrise*. Cette anticipation est normale, car l'idée de maîtrise est incluse et même caractéristique de l'idée que le commun des gens se fait de la possession ; elle est par conséquent incluse dans la notion populaire de la possession. Le fait de s'appuyer contre un réverbère public ne sera considéré jamais et par personne comme constituant la possession du réverbère. Dès

qu'on dit possession, surgit l'idée de maîtrise ; le rapport est envisagé comme un rapport de maîtrise ; or cette idée fait défaut dans le cas du réverbère. Je peux donc dire que la possession est le rapport de maîtrise extérieur et immédiat entre une personne et une chose, rapport qui consiste à être établi sur une chose, à occuper une chose ou avoir une chose en main.

Je m'arrêterai pour le moment à cette définition rudimentaire, populaire, car je veux laisser bien en lumière le fond naturel, populaire, le support matériel (1) inévitable à la possession comme à toute notion juridique, sans lequel ces notions seraient incompréhensibles et œuvres mortes et sur lequel retombent toutes les constructions juridiques, si hardies qu'elles soient. C'est le point de mire que le juriste ne doit pas perdre de vue dans ses travaux de définition. J'ai suivi en cela l'exemple de Paul, qui commence son exposé sur la possession (l. l. pr. D. 41. 2) par la définition : « *possessio appellata est, ut et Laheo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur, ab eo, qui ei insistit.* » On doit remarquer que, dans cette définition, il emploie les trois mots, qui, tous, expriment le toucher direct avec la chose : assise, main, pied.

On ne doit pas critiquer cet accommodement étroit de la notion juridique, même dans une époque d'épanouissement, de grande spiritualisation de la science juridique, à la notion populaire ; on ne doit pas accuser le grand dogmaticien de la théorie possessoire, Paul, d'avoir « coqueté avec des ar-

1. J. Grimm, *Das Wort des Besitzes* dans *kleinere Schriften* t. I (2^e édit.), p. 5.

chaîsmes » (1), mais il faut y voir une judicieuse correction du spiritualisme, entraînée par la nécessité profondément sentie, et qui, spécialement dans cette théorie, ne se laisse pas étouffer, de se ressaisir de la splendeur dangereuse des abstractions juridiques, pour se rapporter à la source de l'esprit populaire, des idées ambiantes, qui ne tarissent, quoi qu'il en soit, jamais.

Beaucoup d'auteurs (2), et de tous temps, ne l'ont pas fait : cela a été une des causes de confusions et contradictions décevantes, qui abondent dans cette théorie.

1. Voir Bekker, *Besitz*, p. 231, note 1.

2. Notamment les canonistes du moyen âge, qui étaient arrivés à étendre la notion de la possession à des situations de fait ou tout objet matériel corporel faisait défaut, comme la possession consistant dans l'exercice de fait de droits de juridiction (Bruns, *Besitz in Mitt.*, § 13, p. 119 et suiv.).

CHAPITRE I

Fonctions juridiques de la possession

La possession ainsi entendue remplit dans la science juridique plusieurs fonctions :

D'abord elle est le contenu du droit de propriété : c'est le moyen indispensable à tout propriétaire pour atteindre son but, à savoir l'utilisation économique de sa propriété. Le propriétaire a le *jus utendi, fruendi, abutendi*, mais, matériellement il se trouve dans l'impossibilité d'user, de jouir et de disposer de la chose, s'il ne la possède pas. Le droit de propriété implique donc nécessairement le *jus possidendi*. Si la possession n'avait d'autre importance que d'être le contenu de ce *jus possidendi* du propriétaire, elle ne devrait pas faire l'objet d'une étude spéciale, pas plus qu'on n'étudie spécialement, par exemple le fait d'aller à pied ou en voiture, puiser de l'eau, etc., fait qui constituent eux aussi le contenu d'un droit de servitude (1).

Je ferai remarquer que, à cause de cette fonction, la tentation est grande de caractériser les faits constitutifs de la possession par analogie aux faits constituant l'exercice du droit de propriété, ou pour ainsi dire, de colorer la notion de la possession en l'exercice apparente du droit de propriété.

1. Ihering, *Possession*, p. 215-220.

Une seconde fonction de la possession est d'être une notion auxiliaire de l'institution de la propriété.

« *Dominium rerum ex naturali possessione coe-pisse... eiusque rei vestigium remanere de his, que terra, mare, cœloque capiuntur* » dit Nerva au l. I, § 1. D. 41. 2. et, en fait, il dut y avoir un temps, à l'origine de la société romaine, de même qu'à l'origine de la société germanique (1) et des autres sociétés, où aucun critérium juridique pour la répartition des biens parmi les hommes n'avait encore été constitué, mais où la possession, la maîtrise de fait, était déjà prise en considération ; on la respectait pour des motifs utilitaires. C'est par la possession que l'appropriation individuelle a commencé (2). Cette possession individuelle a été d'abord protégée par les mœurs avant que le prêteur lui eût fourni ses interdits. L'institution de la propriété et sa garantie, la revendication n'ont pu être que des dérivés développés, la réglementation de ce produit des mœurs, de ce respect de la maîtrise de fait. Lorsque par la forte empreinte, de l'Etat, le *dominium* eut été constitué, la possession garda sa place historique dans le domaine du droit ; elle resta la forme sommaire de l'appropriation individuelle, à côté de la forme légale d'appropriation. A côté de la répartition de fait des biens parmi les hommes, on connut une répartition de droit.

La loi doit forcer la répartition de fait à se mettre en accord avec la répartition de droit.

1. Heusler, *Gewere*, p. 5 ; Stobbe, *Lehmann*, p. 369.

2. Pour la société romaine, cette hypothèse a été soutenue par Niebuhr ; pour la société germanique on a des éléments plus édifiants, car ce phénomène s'y est produit très lentement et, au milieu du moyen âge, on n'était pas encore arrivé à la séparation complète entre la propriété et la possession (*Gewere*),

Malheureusement la loi, ou pour plus de précision, l'institution juridique de la propriété (1), comme toute œuvre humaine, n'est pas parfaite, et, en cas de conflit entre la répartition de droit et la répartition de fait, l'institution de la propriété, présentant des lacunes, ou étant mal agencée, laisserait dans bien des cas la question de la propriété sans réponse, ou encore, appliquée avec trop de rigueur logique, elle conduirait à des solutions inévitables ou antisociales. Alors quelle est la solution? Puisque l'abstraite institution juridique fait défaut, la solution fatale sera de consacrer la situation de fait, la possession; dès que l'institution abstraite fait défaut on retombe sur son support matériel : la répartition de fait.

Ainsi le droit romain, appliquant à l'origine avec rigueur, en cas de revendication, les principes de la propriété, exigeait des deux plaidants la preuve de leur droit de propriété; or l'institution de la propriété présente indubitablement une lacune, la preuve du droit de propriété est une *probatio diabolica*, en fait une preuve impossible, à moins que les deux adversaires ne soient les ayants cause du même auteur. Dans les cas où cette preuve était impossible, on ne pouvait pas établir qui était le propriétaire et la solution toute naturelle (elle réussit à s'imposer par l'introduction de l'action *per sponsionem*) a été de consacrer la répartition de fait. Le possesseur eut le droit de conserver le bénéfice de sa possession tant que l'autre ne prouvait pas qu'il était propriétaire : *in pari causa melior est possidentis*. Nous voilà ramenés à nous en tenir à la situation de fait vis-à-vis du

1. D'ailleurs les idées qui vont suivre s'appliquent *mutatis mutandis* à tous les droits réels.

défendeur, qui peut être propriétaire, mais ne peut prouver son droit. La possession combla d'une autre manière encore cette lacune; dès qu'elle avait duré un an et, pour être moins choquante, on exigeait que le possesseur fût de bonne foi, elle était consacrée situation de droit et cette fois-ci à l'égard de tout le monde. La lacune de la preuve, tout en n'étant pas supprimée, était amoindrie.

Une autre application rigoureuse du droit de propriété chez les Romains était l'application, même pour les meubles, du principe : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Il en résultait que l'acquéreur d'un meuble restait exposé aux mêmes causes d'éviction que ses auteurs. Le vrai propriétaire pouvait revendiquer un meuble entre les mains du possesseur, même si le dernier l'avait acquis de bonne foi. Cependant, à mesure que la vie économique prenait essor et que les transactions mobilières se multipliaient, les inconvénients de l'application stricte de ce principe de la propriété se faisaient de plus en plus sentir. Continuer de l'appliquer eût été aller contre l'utilité du commerce, la propriété serait devenue anti-sociale; alors on écarta le principe et on revint à la situation de fait : « en fait de meubles possession vaut titre », adage qui naquit au xviii^e siècle.

Les applications de cette idée dans le droit sont très nombreuses (1). D'anciens interprètes du droit romain arrivaient à en citer jusqu'à 53. Leur multiplicité est en rapport avec l'imperfection du Droit, imperfections et lacunes dans l'économie du Droit ou son défaut par suite de l'impuissance ou la mauvaise

1. C'est l'idée de la boutade de Pascal : « Puisque les hommes n'ont pu faire du Droit le fort, ils ont fait du fort le Droit. »

volonté de la force publique à l'appliquer. Le moyen âge a été une époque de floraison des cas de consécration, sous les formes les plus variées, de la situation de fait au dépens de la situation de droit (1). Je ne citerai que les applications de cette idée, qui ont lieu en droit français et encore pas toutes, mais seulement celles que la doctrine énumère en général. Elles y sont énumérées sous le nom d'effets juridiques de la possession :

Tout d'abord, même quand le possesseur est de mauvaise foi, la possession emporte deux avantages :

Le possesseur a le droit de conserver le bénéfice de sa possession, tant qu'un autre ne prouve pas qu'il est propriétaire. Il en résulte que, quand un procès surgit entre deux personnes qui se disputent la propriété d'un bien, c'est le possesseur qui est défendeur *in pari causa melior est possidentis*. L'avantage est considérable, car le fardeau de la preuve pèse sur le demandeur.

Enfin, et c'est là l'effet le plus considérable attaché à la possession, lorsqu'elle se prolonge pendant un laps de temps déterminé (trente années), le possesseur acquiert le droit qu'il exerçait en fait, à supposer qu'il ne l'eût pas encore. C'est là un mode d'acquisition « lege » que l'on désigne sous le nom de prescription acquisitive ou usucapion.

Spécialement, quand le possesseur est de bonne foi, la possession produit trois effets particuliers :

En matière d'immeubles, l'usucapion s'accomplit par un délai raccourci qui est de dix ou vingt ans (au lieu de trente) selon les cas.

Le possesseur de bonne foi acquiert les fruits de la

1. Voir Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*.

chose au fur et à mesure de leur perception. Lorsque le propriétaire revendiquera sa chose, le possesseur ne sera pas tenu de restituer les fruits ou leur valeur.

En matière de meubles (tout au moins de meubles corporels), la possession a la vertu de conférer immédiatement la propriété au possesseur de bonne foi et de dépouiller, par conséquent, le propriétaire véritable, qui a commis l'imprudence de se dessaisir de la chose. C'est la fameuse règle de l'article 2279 : « En fait de meubles possession vaut titre. »

Dans certains cas la possession entraîne l'acquisition immédiate de la propriété. C'est l'occupation qui permet d'acquérir les choses sans maître par une simple prise de possession.

Par contre Aubry et Rau (1) rattachent à la possession, comme unique effet, le fait d'engendrer, en faveur du possesseur, une présomption légale de l'existence, dans sa personne, du droit de propriété, dont elle est la manifestation. Son degré de force varie suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles et encore suivant le temps que la possession a duré. Les conséquences sont l'acquisition de la propriété par l'adage en fait de meubles possession vaut titre, et l'usucapion (2).

Ainsi Aubry et Rau ramènent tous les effets de la possession à une idée de présomption légale, or qu'est-ce donc, en dernière analyse, que cette présomption légale, sinon la consécration de la situation

1. Aubry et Rau, 4^e édit., t. II, p. 104.

2. Ils ajoutent aussi les actions possessoires ; M. Planiol aussi fait entrer dans une même et unique énumération les effets que j'ai énumérés et en plus la protection possessoire. J'ai laissé de côté intentionnellement, pour le moment et pour les motifs qui ressortiront du paragraphe suivant, la protection possessoire.

apparente, de la situation de fait, même éventuellement aux dépens de la situation de droit.

Les modes d'acquisition et de transmission de la propriété ont correspondu, à l'origine, aux modes de transmission et d'acquisition de la possession ; ainsi la mancipation s'accomplissait originairement par la transmission solennelle et réelle de la possession. Dans le Droit germanique la transmission de la propriété des terres s'opérait par la transmission réelle de la possession sur le terrain même, et ce ne fut que plus tard qu'eut lieu la différenciation du mode de transmission de la propriété, cession en justice, accompagnée de la transcription au livre foncier, du mode de transmission de la possession, « investitura » (1). Nous voyons donc un phénomène similaire de transition et l'utilité de la possession sera la même : dès que le mode transmission de la propriété, mode intellectuel, fera défaut, on sera amené à se demander, si le mode matériel, la transmission de la possession, a eu lieu.

Ainsi, on voit la notion de la possession entrer, sous divers aspects, dans l'économie de l'institution de la propriété et notamment elle conduit à l'acquisition de la propriété. Ainsi envisagée, la possession est une notion auxiliaire de la propriété. Je lui refuse la qualité de notion indépendante et encore plus d'institution indépendante : d'abord, parce qu'elle n'intervient qu'à titre subsidiaire, en vue du perfectionnement d'une autre institution, de la propriété, et ensuite parce que, dans les effets que j'ai énumérés, la possession, tout en étant la condition de ces

1. Heusler, *Gevere*, p. 7, 12, 28, 49, 163 ; Stobbe Lehmann p. 369. Pour l'ancien droit suédois Amira, *Obligationem recht*, p. 554 et suiv.

effets, n'en est pas l'unique condition. Or, pour être une institution, il faudrait que ces effets fussent attachés à la possession en dehors de toute autre condition, autrement elle n'est que l'élément d'une autre institution. Le résultat pratique sera que sa notion devra se modeler sur la notion principale : puisque, par exemple, par l'usucapion, la situation de fait est transformée en propriété, c'est-à-dire qu'à la situation de fait, on ne fait qu'attacher un fondement légal pour devenir propriété, fatalement cette situation de fait doit avoir les apparences de la propriété et la possession ne serait qu'une copie de l'apparence du droit de propriété. Toutes les fois que la possession sera appelée à remplir cette fonction, elle devra se caractériser comme l'exercice de fait du droit de propriété.

Ne constituant pas une institution indépendante, la possession n'apparaît pas comme devant faire l'objet d'une étude à part : dans cette fonction-ci, elle doit être examinée dans l'étude des conditions de l'usucapion, de l'occupation, de la tradition.

En dehors de ces fonctions, la possession est une institution juridique indépendante : c'est que le possesseur, comme tel, est protégé contre toute atteinte à sa possession. Le possesseur, par cela seul qu'il possède et sans qu'il ait à justifier d'un droit à le faire, sans justifier d'un droit de propriété ou d'un autre droit similaire, est fondé à s'en prévaloir, jusqu'à ce qu'il se rencontre quelqu'un qui l'en déloge par la preuve de son droit à la possession (par la revendication). Cette protection possessoire fait apparaître la possession comme un droit indépendant (un droit *sui generis*, il est vrai), protégé judiciairement (1). Cette

1. Ihering, *Possession*, p. 222.

protection est assurée par les actions possessoires.

Mais la possession n'est pas unanimement considérée comme un droit. Une vive controverse divise, depuis les glossateurs, les interprètes, sur le point de savoir si la possession est un fait ou un droit (1).

Savigny tient encore la possession pour un fait (2). Considérée en elle-même, dit-il, la possession n'est qu'un simple fait, mais cependant des conséquences légales y ont été attachées ; elle est donc à la fois un fait et un droit : par elle-même c'est un fait, par ses conséquences elle ressemble à un droit. De ce que la possession serait un simple fait, Savigny tire les déductions suivantes :

L'existence de la possession est indépendante des règles fixées par le droit pour l'acquisition et la perte des droits. Toutefois, cette règle, suivant laquelle l'existence de la possession serait subordonnée à des conditions de fait et non à des conditions de droit, n'est pas sans exception. Il est des cas où il faut admettre la protection possessoire, quoique le fait qui devait servir de base à la possession fasse défaut : ainsi lorsqu'en l'absence du possesseur, un tiers occupe l'immeuble, le possesseur absent, sous certaines conditions continue à jouir de la protection possessoire, il conserve la possession *solo animo* : la possession participe ici de la nature du droit.

Une autre conséquence de ce que la possession serait un simple fait, c'est, selon Savigny, qu'elle ne peut guère faire l'objet d'une transmission proprement dite : un possesseur comme tel n'est pas le

1. Sur l'origine de cette controverse au temps des Glossateurs et son histoire dans la suite voir : Bruno, *Besitz du Mittel*, p. 252, 385-386, 414 416.

2. Savigny, *Posses.*, § 5.

successeur d'un possesseur antérieur, il acquiert au contraire pour lui-même une possession nouvelle indépendante de celle de son prédécesseur. Or ce n'est pas tout à fait exact, et ceux qui adoptent l'opinion de Savigny sont bien forcés de reconnaître que afin de ne pas faire souffrir le nouveau possesseur du prétendu manque de succession dans la possession, les Romains en sont venus à appliquer à la possession des principes qui nous rapprochent singulièrement de la succession dans un droit. Ainsi l'hérédité et l'héritier peuvent continuer l'usucapion, même sans que la prise de possession ait eu lieu.

Bien que Savigny tienne la possession pour un simple fait, il reconnaît que ce fait participe, à bien des égards, à la nature du droit : par elle-même, la possession est un fait, mais, par ses conséquences, elle est un droit. Dès lors Savigny est amené à se demander à quelle catégorie de droits il appartient. Comme ce droit se constitue principalement de la protection possessoire et qu'aux yeux de Savigny, les interdits possessoires se basent sur des obligations naissant d'un délit, cet auteur propose de classer la possession dans la matière des obligations : les interdits possessoires appartiendraient à la théorie des obligations et, en conséquence, la possession devrait y figurer comme la condition indispensable de ces interdits (1).

Il me paraît infiniment plus logique et plus rationnel, en suivant l'exemple de M. Cornil (2), de me

1. Pothier lui aussi avait rangé les actions possessoires, parmi les actions personnelles, et les faisait naître d'un délit ou d'un quasi-délit (Introduction génér. aux *Coutumes*, n° 118).

2. Cornil, *Possession*, p. 6.

rallier à l'opinion de ceux (1) qui n'hésitent pas à envisager la possession comme un droit et non comme un fait. Les droits, dit Ihering, sont des intérêts juridiquement protégés : il y a dans tout droit un élément matériel ou substantiel, un intérêt, et un élément formel, la protection légale ou juridique. Or, si l'on définit ainsi les droits, il est certain que la possession est un droit. Car le rapport extérieur, qu'est la possession, présente un intérêt incontestable : elle permet l'utilisation économique de la chose. A cet élément intérêt vient s'ajouter la protection juridique, et dès lors se trouvent réunies toutes les conditions d'un droit. Si la possession comme telle n'était pas protégée, elle ne constituerait qu'un rapport de pur fait : mais, par cela seul qu'elle est protégée, elle prend le caractère d'un droit.

On ne peut refuser le nom de droit à la possession parce qu'ici la protection juridique n'apparaît que comme la suite ou la conséquence d'un pur fait. Un phénomène semblable ne se rencontre-t-il pas dans la plupart des droits ? La protection juridique apparaît presque toujours comme la suite ou la conséquence juridique d'un fait générateur du droit. Ainsi, au fait de la conclusion d'un contrat, la loi attache cette suite juridique que le créancier peut réclamer du débiteur l'exécution du contrat, et cette conséquence juridique, nous l'appelons droit de créance. Quelle bonne raison y a-t-il de ne pas tenir le même langage

1. Ihering, *Possession*, p. 234-244 ; Bekker *Recht des Besitzes* § 5 et 30 ; Meischeider, *Besitz und Besitzschutz*, § 2 ; Hirsch, *Prinzipien des Sachbesitzerwerbes*, p. 46 et suiv. ; une opinion exagérée est celle de Seitz, *Besitzrecht*, p. 49, qui fait de la possession une demi-propriété fondée, pour la facilité de la preuve, sur des simples constatations de fait, comme en matière de Publicienne.

pour la possession : au fait de la naissance de la possession la loi attache la conséquence juridique que le possesseur peut exiger des tiers le respect de sa situation possessoire ; cette suite juridique n'est-elle pas le droit de possession ?

Ce qui est particulier à la possession, c'est qu'ici le fait générateur du droit et le droit lui-même se confondent ; le droit naît avec le fait et disparaît avec lui, il n'existe qu'autant et aussi longtemps que le fait existe ; le maintien du rapport de fait est la condition du droit à la protection ; le possesseur n'a un droit que tant qu'il possède. Tandis que, dans la plupart des droits (propriété et obligation par exemple), dès le moment où le fait générateur du droit a engendré le droit, celui-ci se sépare de ce fait : la propriété se sépare de la tradition ou de l'occupation qui l'a engendrée, l'obligation se sépare du contrat ou du délit qui l'a fait naître. Dans le langage même, la distinction entre le fait générateur du droit et le droit qui en résulte apparaît nettement ; car le fait générateur et le droit sont désignés chacun par un nom différent (contrat, obligation) ; il arrive pourtant parfois qu'une seule et même expression ait les deux significations, ainsi le terme *obligatio* est pris parfois par les Romains dans le sens de convention : L. I § 3 D. de pact. 2-14, et l'on sait que la même confusion entre l'obligation et la convention est faite par le Code civil français, dans la rubrique du troisième titre du livre III : « des contrats ou des obligations conventionnelles en général ».

Quand il s'agit de la possession, c'est le même mot « possession », qui désigne à la fois le fait générateur et le droit, parce que ceux-ci sont indissolublement unis l'un à l'autre : la possession, comme

état de fait, est la condition permanente de la possession comme droit.

La principale objection à la nature juridique de la possession est que la protection possessoire s'étend même au possesseur injuste ; or, dit-on, une injustice peut mettre celui qui la commet dans une situation de fait, mais ne peut lui donner un droit. Cette objection est loin d'être péremptoire, car il n'est point malaisé de multiplier les exemples d'actes injustes engendrant des droits au profit de leur auteur : le spécificateur de mauvaise foi ne devient-il pas propriétaire de la chose transformée ? Celui qui chasse sur le terrain d'autrui contre le gré du propriétaire n'acquiert-il pas le gibier abattu ?

La possession est donc bien, quoi qu'on en dise, un droit. Elle apparait comme un rapport immédiat de la personne avec la chose, aussi sa place est-elle marquée parmi les droits réels, à côté de la propriété (1).

J'insiste sur cette idée que la possession n'est un droit qu'en tant que cause des actions possessoires. En appliquant la même définition du droit, d'être un intérêt juridiquement protégé, par exemple à la possession au point de vue de l'usucapion, alors l'intérêt n'est plus l'utilisation économique de la chose, mais un intérêt bien plus large, qui n'est autre chose que l'intérêt du propriétaire et dont l'élément formel, la protection juridique, n'est autre que la protection de la propriété même. En ce cas on ne peut parler d'un droit de possession.

Je crois avoir différencié, au point de vue de la

1. Le Code civil allemand range la possession au livre IV *les droits réels sur les choses* ; dans le Code civil suisse, la possession forme la troisième partie du livre IV, *des droits réels*.

technique juridique, les deux fonctions de la possession : consistant, la première, à être une notion auxiliaire d'une autre institution, de la propriété et, la seconde, à être la notion propre à une institution indépendante.

La conclusion est qu'on doit s'occuper de la notion de la possession à deux reprises, ou tout au moins envisager deux notions du même mot possession. Pour la première notion il est certain et fatal qu'elle calque la propriété envisagée dans sa manifestation extérieure ; pour la seconde, la recherche de ses éléments constitutifs doit, *à priori*, être exempte de toute tendance d'analogie à la propriété, car il serait parfaitement possible que, dans cette seconde fonction, la possession fût une maîtrise de fait, qui ne suscite à l'esprit l'idée d'aucun droit susceptible de lui correspondre d'une façon positive et formelle, et encore moins du droit de propriété : témoin le cas où cette situation aurait débuté par la violence et se serait conservée par la violence.

Pour conclure, je dirai que la possession est une situation de fait, qui demande, de gré ou de force, à être reconnue :

Cette situation, colorée en fait de l'exercice du droit de propriété, tend, moyennant la réunion d'autres conditions, à devenir la propriété.

Cette situation brute, demande à être, tout au moins provisoirement, protégée.

Pour répondre à la question de savoir quels caractères cette situation de fait brute devra présenter afin d'être protégée par les actions possessoires, il faut nécessairement établir d'abord ce que l'on cherche à atteindre par la protection possessoire, car, pour faire œuvre utile et humaine, il faut adap-

ter ces caractères aux fins qu'on poursuit. Opérer inversement, c'est-à-dire construire une notion *a priori* et *in abstracto* et la mettre à la base d'une institution à laquelle on rattacherait ensuite certains effets, rien qu'à cause de la composition que cette notion aurait reçue et lui refuser d'autres effets possibles, parce qu'ils seraient en contradiction avec cette notion, c'est risquer d'aller contre le but que la société poursuit (1); la science juridique, en employant cette méthode au lieu de n'avoir en vue que les réalités sociales, risquerait, à cause des données purement logiques sur lesquelles elle travaillerait, de devenir une science scholastique, qui, dans ses applications, viendrait bien des fois en conflit avec

1. Les glossateurs, qui ont professé la théorie de l'*animus* (Bruns, *Besitz in Mitt.*, p. 105 et s., Meischeider, § 21) qui est devenue la théorie traditionnelle, c'est-à-dire qui ont enseigné que, pour qu'il y ait possessoire il faut un rapport matériel entre l'homme et la chose (*corpus*), et de plus le possesseur ait la prétention d'exercer ce rapport à titre de propriétaire (*animus*), étaient forcés à cause de cette définition de la possession de refuser la protection possessoire par exemple au fermier, quoiqu'il soit certain que la société d'alors trouvait tout à fait nécessaire de donner la protection possessoire aussi au fermier; cette nécessité se manifesta par l'adoption, par le droit laïque, de l'action possessoire, l'*actio spoli*, du droit canonique, qui n'avait pas à sa base la possession des sources romaines, que les glossateurs avaient réussi à comprimer dans une définition trop étroite. Savigny n'a pas eu plus de succès pratique avec sa théorie en Allemagne au cours du XIX^e siècle, la pratique du droit commun ne l'a pas suivi (Bruns, *op cit.*, p. 326); il est reconnu, d'ailleurs que la théorie d'Ihering, abstraction faite de la question de savoir si elle reproduit exactement la conception des jurisconsultes romains, ne répondait-elle aussi absolument pas à la pratique du droit commun de l'Allemagne du temps d'Ihering, quoique le droit commun ait été en principe dans ce pays et jusqu'à la fin du XIX^e siècle le droit romain (Cf. Biermann, *Traditio ficta*, p. 369).

les buts de la société. Au premier abord, la nécessité de la première méthode paraîtrait n'être qu'un truisme ; par malheur elle ne l'a pas été pour maints jurisconsultes ; ce qui a été en partie la cause des nombreuses confusions, qui règnent en cette matière.

Dans le paragraphe suivant, j'étudierai le fondement de la protection possessoire.

CHAPITRE II

Origine et fondement de la protection possessoire

Pour étudier le fondement de la protection possessoire, il est tout naturel de commencer par rechercher son origine et, spécialement de se rapporter à l'origine des interdits possessoires romains, car prendre partie dans cette matière sur la question de droit romain, c'est presque préparer par là même une interprétation du droit moderne.

J'ai indiqué dans un paragraphe antérieur, que suivant l'hypothèse de Niebuhr, la propriété a commencé par la possession. Faut-il en conclure que la notion de la possession, et sa protection remontent à l'origine de Rome ? A parler exactement, on ne peut dire que cette notion ait existé avant le jour où la possession a été séparée de la propriété, où le possesseur a été reconnu comme tel.

Comment s'est opéré cette séparation et comment les Romains ont-ils eu la pensée de protéger le possesseur ? Telle est la question à résoudre. Elle est d'autant plus délicate que la protection, en droit classique, est accordée au voleur, à l'usurpateur aussi bien qu'à celui qui possède de bonne foi, à titre de propriétaire. On l'accorde également au

créancier gagiste, au précariste, au séquestre, tandis qu'on la refuse au fermier, au locataire, à l'usufruitier, au dépositaire, au commodataire. Peut-on ramener à une idée unique un assemblage de cas aussi hétérogènes, expliquer d'une façon rationnelle une série de règles aussi contradictoires ? Meischeider a dit que, si cette explication était possible, elle serait depuis longtemps trouvée. Pour lui, le problème est insoluble (1). Cependant ces règles, incohérentes en apparence, peuvent être expliquées historiquement (2).

D'abord il faut se mettre d'accord sur le point de savoir quels sont les interdits qui correspondent à l'idée de protection possessoire. J'adopte l'opinion, qui estime qu'il faut entendre par actions possessoires toutes les actions dans lesquelles le droit de possession (*jus possessionis*) est réglé pour lui-même, mais provisoirement seulement, et sous réserve de discussion du droit à la possession (*jus possidenti*) dans une instance distincte (3). Ceci nous amène à comprendre parmi les actions possessoires les interdits *retinendæ possessionis*, *recuperandæ possessionis* et *adipiscendæ possessionis*.

Des interdits *adipiscendæ possessionis*, un seul nous intéresse, l'interdit *quorum bonorum*, les trois autres ayant été créés à une date récente. Par cet interdit le prêteur a voulu prévenir les conflits résultant de la prise de possession de certains biens héréditaires par une personne sans titre. C'était une me-

1. *Besitz und Besitzschutz*, p. 19.

2. E. Cuq, *Posses. à Rome*, N. R. t. T. 18, p. 7.

3. Comme il s'agit pour le moment exclusivement des interdits romains, je me contente de renvoyer aux arguments donnés par Pflüger, dans *Archiv für die civilische. Praxis*, t. LXXIX (1892), p. 150 et suiv.

sure de police, destinée à maintenir le bon ordre dans la cité (1).

D'après M. Cuq, l'interdit *uti possidetis* a dû être créé pour trancher les contestations auxquelles donnait lieu la possession des terres, en dehors de tout débat sur la propriété. Pendant longtemps l'action de la loi par serment suffit à sauvegarder les intérêts des propriétaires fonciers. Sous le régime de la propriété familiale, alors que la terre restait dans la famille dont elle portait le nom, les contestations devaient être rares, la preuve de la propriété facile à fournir. Les magistrats n'étant pas surchargés d'affaires, on devait obtenir prompt justice.

La disparition du régime de la propriété familiale, qui fit place au régime de la propriété individuelle, rendit plus fréquentes les mutations de propriété. On s'habitua à voir les fonds de terre changer de maîtres et, après plusieurs mutations successives, souvent au profit de personnes habitant au loin et qui exploitaient le sol par l'intermédiaire de colons ou d'esclaves ; il devint difficile alors de faire la preuve du droit de propriété ; le témoignage des tiers manquait de précision. Les gens peu scrupuleux en profitèrent pour arrondir leurs domaines aux dépens d'autrui. Le mode de procéder qui avait été bon à une époque où les membres de chaque tribu appartenaient à un petit nombre de familles, parfois à la même gens, devint insuffisant lorsque, par suite de l'accroissement considérable de l'Etat, on acheta des terres dans des régions éloignées de Rome. Les distances étant plus grandes, les preuves étaient moins aisées à fournir ; le nombre des

1. E. Cuq, *op. cit.*, p. II.

citoyens ayant beaucoup augmenté, l'organisation de l'instance était retardée par l'affluence des plaideurs. Il était à craindre que les prétendants à la possession ne fussent tentés de se faire justice eux-mêmes.

L'interdit *uti possidetis* ne sert pas, comme le croyait Savigny, à faire obtenir réparation d'un trouble déjà réalisé. Ce n'est pas une action délictuelle tendant à réprimer la violation d'un droit, car l'*uti possidetis* contient une défense qui vise l'avenir : celui qui refuse de s'y conformer encourt la sanction établie par l'édit.

Dans l'*uti possidetis*, comme dans l'interdit *quorum bonorum*, comme dans les interdits récupératoires, nous allons le voir, le prêteur a voulu prévenir une cause de trouble pour la cité : l'*uti possidetis* a pour but de mettre fin à un conflit matériel, qui s'est élevé entre deux prétendants à la possession.

Pour que le prêteur accorde l'*uti possidetis*, il ne suffit néanmoins pas d'alléguer la crainte plus ou moins fondée d'un trouble possessoire ; il faut que ce trouble se soit manifesté par un conflit matériel, par des atteintes réciproques à la possession. En prononçant le *vim fieri veto*, le magistrat intervient en pacificateur, il défend de continuer une lutte déjà commencée.

La raison qui a déterminé le prêteur à créer l'*uti possidetis* apparaît avec non moins d'évidence dans le cas où le débat au possessoire s'élève entre deux personnes qui n'ont ni l'une ni l'autre la détention matérielle. Dans ce cas où un conflit matériel serait impossible, il était d'usage de se rendre sur le fonds litigieux pour s'y livrer à un combat simulé afin de

motiver de cette manière l'intervention du magistrat.

Depuis l'introduction de la nouvelle forme de la revendication, dans laquelle le demandeur seul affirmait son droit, c'est-à-dire de l'action *per sponsionem*, *l'uti possidetis* acquit une fonction nouvelle : il servit à régler les rôles des parties dans la revendication. Celui qui, dans le débat au possessoire, avait obtenu gain de cause, jouait dans le procès du pétitoire le rôle de défendeur.

Les interdits récupératoires sont les *unde vi*, *de precario* et *de clandestina possessione*. Dans les sources, un seul texte fait allusion au dernier ; autant vaut-il dire que nous n'en savons rien. Les deux premiers remontent à une époque très ancienne ; ils sont antérieurs au temps de Térence. Ils sont, tout au moins le *unde vi*, antérieurs aux interdits conservatoires, car le premier besoin auquel le préteur a du pouvoir, c'était de faire réintégrer celui qui avait été expulsé par violence. Il fallait, avant tout, dans l'intérêt de l'ordre public, empêcher celui qui avait été expulsé de céder à son ressentiment et de recourir à la force pour se faire justice. Il y avait là pour le préteur un motif bien plus pressant, que lorsqu'il s'agissait de prévenir un trouble ou de trancher un débat au possessoire. Des arguments qu'on peut tirer des sources viennent à l'appui de cette raison générale (1).

D'après l'opinion émise au commencement du XIX^e siècle par Niebuhr, puis adoptée par Savigny (2) et, après lui, par beaucoup d'auteurs, notamment par Dernburg (3), les interdits possessoires furent établis

1. E. Cuq, *op cit*, p. 25.

2. Niebuhr, *Römische Geschichte*, 3^e édit., II (1836), p. 168, etc... Savigny, *Posses.* § 12 a.

3. Dernburg, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitze des Römischen Rechtes*, p. 1. et suiv.

par le préteur pour protéger ce qu'on appelait primitivement une possession, c'est-à-dire des parcelles du domaine public occupées par des patriciens, plus tard par des plébéiens aussi bien que par des patriciens. On en étendit ensuite l'application aux propriétés privées.

L'acquisition d'une *possesso* par voie d'occupation n'avait rien de la précision que comportait le mode régulier d'acquérir la propriété quiritaire, la *macipatio*; on acquérait autant de terres qu'on en pouvait cultiver. Et encore ce n'était pas un droit individuel qu'on acquérait; on considérait que c'était le peuple lui-même qui jouissait de la possession par l'un de ses membres (1). Une règle aussi élastique devait donner lieu à des contestations entre voisins. De là, pour le préteur, la nécessité d'intervenir dans l'intérêt de l'ordre public. C'est d'ailleurs le même motif que celui qui a motivé la création des plus anciens interdits. A une époque où l'organisation de la police était très imparfaite, les magistrats chargés de l'administration de la justice eurent le devoir d'intervenir et d'user de leur autorité pour assurer l'ordre dans la cité.

Pour l'interdit *unde vi*, il n'est pas douteux que l'intervention du préteur fut motivée par une raison de haute police; le préteur a voulu réprimer un acte de violence, qui aurait pu compromettre l'ordre public. L'interdit de *precario* repose sur un motif analogue: le préteur n'a pas voulu que le patron, irrité de l'ingratitude de son client, qui prétend conserver contre son gré la terre à lui concédée, cherche à se faire justice.

1. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 316.

La conjecture de Niebuhr a été attaquée surtout par d'Ihering, dont elle contrariait la théorie. Elle est adoptée par M. Cuq pour l'origine de *l'unde vi* ; pour le *nti possidetis*, il considère que les arguments qu'on a produits ne seraient pas suffisants. Pour les raisons générales, aussi bien qu'à cause des arguments tirés des sources que M. Cuq donne pour justifier sa distinction et qui m'ont paru irrésistibles, je crois qu'on doit l'adopter (1).

Ainsi, pour conclure, c'est un intérêt de police qui a motivé la création des interdits possessoires.

Mais, à présent, il faut se demander deux choses : d'abord si l'intérêt de police, tout en étant le motif d'introduction de la protection possessoire, le but poursuivi par la protection, n'aurait dans la suite évolué, ne se serait pas ultérieurement transformé ; ensuite il faut préciser si le prêteur a eu en vue, dans sa protection, tout rapport extérieur entre un homme et une chose ou au contraire seulement les rapports extérieurs, qui feront présumer que le possesseur est propriétaire et alors ce ne serait que la propriété possible qu'il protégerait ou tout au plus les rapports extérieurs qui feront présumer un droit en général ou certains droits en particulier, par exemple le rapport extérieur entre un fermier et la terre prise à ferme, et alors ce ne serait que ces droits possibles qu'il protégerait. La formule la plus large possible serait que, en faisant abstraction de toute arrière-pensée de protection indirecte d'un droit consacré législativement, il protégerait, et incontestablement le caractère originaire de mesure de police des interdits possessoires l'exigeait, toute

1. E. Cuq, *op. cit.*, p. 29.

situation de fait brute, aux caractères purement matériels ; tout contact matériel entre un homme et une chose. Je crois, par les considérations qui vont suivre, répondre à ces questions aliénées.

Ihering est d'avis que la possession ne serait pas protégée pour elle-même, mais en vue de la propriété. C'est la propriété possible que l'on a voulu défendre dans la théorie possessoire. Il ne se contente pas d'attribuer ce fondement à la possession du droit classique, mais il combat aussi la théorie de Niebuhr sur son origine.

On pourrait ainsi résumer la théorie d'Ihering (1) :

C'est exclusivement dans les interdits conservatoires, et notamment dans le *uti possidetis*, qu'il faut rechercher le siège originaire et le trait caractéristique de la protection possessoire, car l'*uti possidetis* porte bien l'empreinte d'un moyen spécial à la possession, créé pour maintenir en possession le possesseur lorsque la possession lui est disputée ; on ne peut pas en dire autant de l'interdit *unde vi*, où la condition de la possession, à ce qu'il paraît, ne serait plus aussi essentielle. L'interdit *unde vi* ne serait guère en somme qu'une espèce particulière d'action en dommages et intérêts. D'un autre côté Gaius, Ulpien et Justinien affirment que les interdits conservatoires ont été institués pour déterminer *uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, cum ab utroque parte de proprietate alicuius rei controversia est* (2). D'après ces attestations concordantes, les interdits conservatoires apparaissent originairement comme un incident

1. Ihering; *Interdits*, p. 66 et s.

2. Gaius, VI, 148 ; l. 1. § 2, 3 D. 43, 17 ; l. 35. D. 41. 2 ; § 4. 3. 4, 15.

préalable à une *controversia de proprietate*. Ils auraient leur origine dans la procédure des *vindiciae*. Par cette procédure, dans la *legis actio sacramenti*, le préteur attribuait à l'un des adversaires la possession de l'objet pour la durée du procès ; cette possession intérimaire ne facilitait en rien la tâche du possesseur, car chacun des adversaires est également astreint à justifier de sa prétention. Dans l'*actio per sponsionem*, l'importance de la possession devient bien plus grande, car les rôles des adversaires se différencient, il y a un demandeur chargé du fardeau de la preuve et un défendeur exempt de toute preuve. Il y a donc ici un intérêt tout particulier à savoir lequel est possesseur et lequel est le demandeur auquel incombe la preuve. Or, quand une contestation de la propriété d'une chose surgit entre deux personnes, on peut concevoir qu'il n'y ait pas accord sur le point de savoir lequel des adversaires possède la chose litigieuse. Une *controversia de possessione* se greffe alors sur la *controversia de proprietate*, et la première de ces contestations devra être tranchée préalablement, parce qu'elle aura pour conséquence de déterminer lequel sera défendeur dans la seconde. C'est pour régler ainsi au préalable le rôle respectif des adversaires dans l'*actio per sponsionem* que les interdits *retinendae possessionis* ont été institués. Néanmoins, bien que l'instance possessoire ait été instituée en vue d'une instance pétitoire éventuelle, comme cette éventualité d'un procès pétitoire peut parfaitement ne jamais se réaliser en fait, par exemple parce que celui qui a succombé au possessoire renonce à se pourvoir au pétitoire à cause des difficultés de preuve, elle devint, au point de vue de la forme,

tout à fait indépendante de l'instance pétitoire. Ainsi l'institution des interdits *retinendae possessionis* a consacré la disjonction du possessoire et du pétitoire et, comme résultat, la protection possessoire était devenue tout à fait indépendante de la protection de la propriété.

Si l'on considère que, dans l'instance possessoire, il ne s'agit que de déterminer la place à attribuer à chacun des combattants dans la lutte pour la propriété, mais que cette lutte n'est pas encore entamée, la question du droit de propriété doit nécessairement être réservée tout entière. Mêler la question de propriété à l'instance possessoire, ce serait enlever à celle-ci son caractère d'instance préalable au pétitoire et en faire une partie intégrante du pétitoire. En d'autres termes, le possessoire, étant disjoint du pétitoire au point de vue formel (en ce sens que le possessoire constituait une instance distincte en la forme de l'instance pétitoire), en était forcément aussi disjoint au point de vue matériel (en ce sens que toute objection de nature pétitoire était nécessairement exclue du possessoire et réservée pour le pétitoire). La disjonction du possessoire et du pétitoire avait pour conséquence que la possession était protégée pour elle-même, indépendamment de la propriété : tout possesseur, fût-il même illégitime (voleur, brigand ou usurpateur), triomphait dans l'instance possessoire et était maintenu en possession jusqu'à ce qu'on le délogeât par une action pétitoire. Telle serait l'origine historique de la protection possessoire.

La justification de la protection possessoire serait la suivante : dans neuf cas sur dix, le possesseur est en même temps le véritable propriétaire ; générale-

ment la réalité ou le fait accompli est conforme au droit. Alors on vient en aide à ce propriétaire présumé, on lui garantit l'utilisation de la chose jusqu'à ce que cette présomption soit renversée par la preuve qu'un adversaire aura produite de son droit de propriété dans une instance pétitoire.

La protection possessoire procure donc au propriétaire, dont le droit s'est réalisé dans la possession, des remèdes complémentaires d'une utilité pratique évidente. Car, si la protection possessoire n'existait pas, le propriétaire, pour repousser tout empiètement, tout trouble possessoire quelconque, devrait nécessairement se baser sur son droit de propriété et en fournir la preuve, tandis que la protection possessoire lui permet, en se fondant uniquement sur le fait accompli, de faire respecter celui-ci, tout au moins provisoirement. Sans doute cet avantage notable, que la protection possessoire procure normalement au propriétaire, peut aussi éventuellement se tourner contre lui : il en sera ainsi lorsque le fait accompli sera en opposition avec le droit ; alors, comme c'est le fait accompli qui est, par lui-même et pour lui-même, protégé provisoirement, le possesseur bénéficiera de la protection possessoire même contre le légitime propriétaire. C'est sans doute un inconvénient inévitable, et, au surplus, il faut remarquer que la notion qui intervient au possessoire étant toujours provisoire, la voie pétitoire reste ouverte au légitime propriétaire, lequel n'est donc nullement dépouillé.

Ainsi, d'après Ihering, la possession n'est pas protégée pour elle-même, mais en vue de la propriété. C'est la propriété présumée qu'on a voulu défendre dans la théorie possessoire.

Que faut-il penser de cette théorie d'Ihering ? (1)

D'abord, pour ce qui concerne l'origine historique elle est en désaccord avec les données de l'histoire du droit romain et des sources. Je me contente de renvoyer à la réfutation que M. Cuq en a faite, car les arguments à l'encontre de cette théorie nécessiteraient des études qui dépasseraient le cadre du présent travail. Je ferais remarquer seulement que, si le prêteur avait eu la pensée que lui prête Ihering, il lui aurait suffi, pour atteindre son but, d'organiser une *cognitio* préjudicielle; il n'y aura pas eu de raison que l'instance possessoire se transformât en une action indépendante. Quant aux textes de Gaïus et Ulpien, [qui disent que les interdits conservatoires ont été créés pour déterminer dans une instance pétitoire les rôles des adversaires, il faut dire qu'ils n'indiquent pas la cause qui, plusieurs siècles avant eux, fit pour la première fois proposer ces interdits, mais qu'ils indiquent simplement leur principale raison d'être au temps d'Hadrien (2).

Si l'on tire les conséquences logiques du fondement qu'Ihering attribue à la protection possessoire, c'est-à-dire qu'on protège par là le propriétaire présomtif, il faudrait distinguer et ne protéger d'abord que les rapports qui vraiment laisseraient présumer qu'ils correspondent à la situation de droit, et enfin pas à n'importe quelle situation de droit, mais exclusivement à la propriété. A cette fin, ils devront se manifester comme l'affirmation extérieure du droit de

1. Contre Ihering, *Meisehder, Besitz und Besitzschutz*, p. 19 et suiv.; Schuppe, *Das Recht des Besitzes* p. 6 et suiv.; Karlowa, *Römisch Rechtsgeschichte*, II, p. 318. Pour Ihering, notamment, Cornil, p. 291 et suiv.

2. C. Cuq, *op. cit.*, p. 28.

propriété, pris dans sa configuration législative. Or la théorie d'Ihering semble fausse ou tout au moins trop étroite. D'abord, parce qu'il y a, en droit romain, des hypothèses où la situation de fait ne peut nullement laisser présumer qu'elle correspondrait à la situation de droit, notamment dans les cas où cette situation aurait débuté par la violence et se serait conservée par la violence (1). Or c'est précisément ce phénomène étrange que nous présente la possession romaine : pour prendre l'exemple le plus typique, je suppose un usurpateur s'emparant d'un fonds en l'absence du précédent possesseur, si celui-ci ignore la prise de la possession, il reste possesseur ; mais qu'il en ait connaissance et essaie de repousser l'usurpateur, s'il est lui-même repoussé, il perd la possession et l'autre l'acquiert. C'est donc, pour celui-ci, sa violence, qui lui aura valu la possession et le voleur, s'il s'agit de meubles, acquiert, lui aussi, la possession et, quand on dit le voleur, il faut entendre cela de celui qu'on a surpris sut le fait et dont la prise de possession a commencé par une soustraction matérielle ; quant à savoir s'il a vraiment volé la chose d'autrui, il faudrait, pour s'en convaincre, trancher la question de propriété et elle est exclue du débat possessoire, même sous forme d'exception de la part de celui qui a été dépossédé et qui a été victime de ce fait, tout au moins apparent, de détournement. Donc, au point de vue des faits, nous sommes en présence de possessions qui ont commencé, l'une par un fait de violence, l'autre par un

1. Voir R. Saleilles, *les Eléments constitutifs de la possession*, dans *La Revue bourguignone de l'enseignement supérieur*, t. III (1893) p. 739 et suiv.

fait de soustraction, et ce sont des possessions protégées par le droit et reconnues valables.

En quoi donc de telles situations envisagées ainsi dans leur complexité manifestent-elles la propriété ? Où a-t-on vu des propriétaires s'emparer clandestinement de ce qui leur appartient, ou encore user de violence à l'égard d'un précédent possesseur, jusque-là maître paisible et incontesté du domaine, dont ils s'emparent, ou, s'il s'agit de meubles, se donner les apparences de voleurs pour se mettre en possession de ce qui pourrait leur appartenir ? Ces procédés peuvent se rencontrer sans doute, mais ils sont l'exception, bien loin de former la visibilité de la propriété ils en sont, en apparence tout au moins, la contradiction même.

Il y a donc là des situations qui manifestent l'appropriation et la maîtrise de celui au profit de qui elles se réalisent ; qui, sans doute, ne sont pas forcément contraires au droit ; car, pour établir qu'elles le soient, il faudrait avoir tranché la question en droit et celle-ci ne peut l'être qu'une fois la possession fixée ; mais qui, à s'en tenir à l'apparence, laissent l'impression d'une présomption contraire au droit et cependant ces faits d'appropriation sont des faits de possession. Si la théorie romaine s'en tenait purement et simplement aux présomptions et qu'elle voulût faire triompher le propriétaire présumé, elle se garderait bien de consacrer la possession de l'usurpateur et du voleur, ou, tout au moins, si, comme le dit Ihering, elle est obligée de le faire pour protéger les propriétaires eux-mêmes, parce que neuf fois sur dix la possession coïncide avec la propriété, et qu'il faut, pour faciliter la preuve de la propriété, accepter ce fait normal au

risque de favoriser parfois les voleurs, encore faudrait-il accepter que celui qui a été dépouillé et qui plaide au possessoire pût exciper de sa propriété ; jamais on ne pourra expliquer avec la théorie d'Ihering l'exclusion de *l'exceptio dominii* du débat possessoire.

Je viens d'indiquer qu'une seconde conséquence logique du fondement qu'Ihering attribue à la possession serait de ne protéger que les possesseurs qui affirment un droit de propriété sur la chose, car si eux-mêmes ne veulent pas se considérer comme propriétaires, ce serait une incohérence que de présumer en leur personne des propriétaires. Or le droit romain, tout en accordant la protection possessoire aux possesseurs qui affirment un droit de propriété, l'accorde aussi à des gens qui n'ont aucune velléité de propriété, au créancier gagiste, au précariste et au séquestre.

Ainsi Ihering a fait fausse route. La protection possessoire a dû avoir un fondement plus large, qui permette d'englober ces hypothèses aussi.

En dehors de la théorie d'Ihering, les spéculations philosophico-juridiques les plus variées ont été faites sur le fondement de la protection possessoire.

Ainsi d'après Savigny (1) et un grand nombre d'auteurs à sa suite, ou enfin d'après la variante de Puchta (2), le fondement de la protection aurait un caractère délictuel. La possession, dit-on, est par elle-même un simple fait indifférent en droit ; le trouble apporté à la possession n'est donc pas en lui-même un acte contraire au droit, mais le fait de la possession est une manifestation de la volonté ou de

1. Savigny, *Posses.*, § 6.

2. Puchta, v. article Besitz dans *Weisker Rechtslexicon*.

la personnalité du possesseur ; dès lors le trouble apporté à la possession peut devenir un acte contraire au droit. La raison d'être de la protection possessoire serait donc de protéger la personnalité du possesseur contre les illégalités, notamment contre les actes de violence (1).

Strohal (2) et Dernburg basent la protection possessoire sur la valeur économique de la possession.

Ces dernières théories, autant que celle d'Ihering, ne permettent pas d'expliquer la possession du voleur, à moins qu'on ne dise que le propriétaire, en reprenant la chose qui lui a été volée, porte atteinte à la personnalité du voleur, ou enfin que l'on ne proteste par contre la valeur économique de la possession du voleur.

Randa, Windscheid et Brintz (3) font reposer la protection possessoire sur l'inadmissibilité de la justice privée en cas de déposssession. Cette théorie est, en définitive, sous une autre forme, et à peu de choses près, l'idée de police (4) que j'avais indiquée comme origine des interdits possessoires, et que je

1. Bruns, *Besitzblagen*, p. 270 remarque fort à propos, que, si l'on considère le *vim fieri veto*, de la formule de *l'uti possidetis*, on doit renverser la formule de Savigny et dire que la possession n'est pas protégée parce que la violence est défendue, mais que tout au contraire que c'est à cause de la protection de la possession que la violence est interdite.

2. Strohal, *Succession in dem Besitze* ; Dernburg, *Entwicklung und Begriff des Juristischen Besitzes*. Saleilles, *op. cit.* soutient une théorie qui dans les grandes lignes est similaire sans néanmoins insister ouvertement sur la valeur économique de la possession.

3. Randa, *Der Besitz nach Oesterreichem Rechte* ; Windscheid, *Pandectes*, 9^e édition publiée par Kipp, t. I, p. 740 et s. Brintz, *Lehrbuch der Pandekten*

4. Elle est soutenue notamment par Bethmann Holweg, *Der, Zivil process des gemeinen Rechts*, t. I, p. 42 et s.

crois avoir même persisté à être la raison d'être de la protection possessoire. L'État ne peut pas permettre que le titulaire d'un droit, qui ne possède pas l'objet de son droit, envahisse de sa propre autorité la possession d'autrui, pas même s'il est flagrant que l'actuel possesseur est un usurpateur. L'intérêt de la paix publique exige qu'il s'adresse au juge. On lui enlève, par la protection possessoire, le goût d'envahir : par cet envahissement il ne serait pas plus avancé, car par la protection possessoire, tout sera remis en place, la situation redeviendra ce qu'elle était auparavant. La loi ne peut pas permettre à une personne d'agir de sa propre autorité, pas même contre un voleur et, pour réduire tout à fait à rien l'effet de l'envahissement, elle empêche le propriétaire d'exciper, dans l'instance possessoire, de sa qualité de propriétaire. Ainsi l'idée de police répond victorieusement aux critiques que j'apporterais aux théories précédentes.

Qu'on n'objecte pas (1) qu'à titre de simple mesure de police, l'importance de la possession serait minime et que, en tout cas, la possession devrait être écartée du droit privé. Son importance sera en fonctions des mœurs ; quant à la seconde objection, il faut considérer que la possession est intimement liée à beaucoup de questions de droit civil et que le droit criminel et administratif sont inaptes aux développements et aux nuances qu'exige l'idée de dépossession arbitraire.

Ce but de police n'a pas été l'origine et le fondement des seuls interdits romains. Il suffit, pour s'en

1. Certains auteurs, notamment Windscheid-Kipp, *op. cit.*, ont refusé toute valeur, de nos jours, à la protection possessoire.

convaincre, d'envisager le droit Byzantin (1), où la réunion de l'interdit *nude vi* à l'action *vi bonorum raptorum*, ou enfin le mélange de ce même interdit avec la constitution de l'an 389, interdisant la justice privée, et qui ainsi trahissent l'idée dominante que l'on se faisait alors de la protection possessoire, ou enfin les *leges romanae barbarum* (2), où, de toutes les mesures se rattachant à la protection possessoire, c'était la même constitution qui était accueillie avec le plus d'empressement, car c'était la voie la plus simple pour empêcher les dépossessions arbitraires ; de se rapporter aux actions possessoires, introduites par le droit canonique (3), notamment l'*actio spoli* ou *condictio ex canone redintegranda*, qui, par le principe *spoliatus ante omnia restituitur* proclame le désir de mettre fin aux dépossessions de propre autorité, ou bien au *summaris-simus*, instance possessoire créée par le droit séculier en Italie et qui prit par la suite un développement si étendu, tant en Italie qu'en Allemagne, instance possessoire, qui, au dire de Paul de Castro († 1441) avait lieu toutes les fois que, pendant un procès, des violences sont réellement imminentes en fait, ou pourraient être à craindre d'une manière générale ; il suffit de considérer enfin que, de nos jours aussi, le Code civil allemand exclut de l'instance possessoire tout moyen de défense de nature pétitoire (§ 893) et, en référant aux exposés de motifs (4) de constater que le législateur allemand

1. Bruns, *Besitz in Mittel.*, p 93, 97.

2. Bruns, *op. cit.*, p. 98-102 ; Glasson, *De la possess. au moyen âge*, N. R. H. t. XIV, p. 588 et s.

3. Bruns, *op. cit.*, p. 175.

4. *Protocol zur zweiter Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. III, p. 31.

a protégé la possession dans l'intérêt de la sûreté du commerce juridique et de la paix publique, ce qui est d'ailleurs le cas du Code suisse, on s'aperçoit ainsi du caractère, toujours le même, de la protection possessoire.

D'un autre côté l'extension qu'on a donnée à la protection possessoire étant d'autant plus grande, que les conditions sociales et politiques de l'époque sont plus troublées et que les voies de fait sont plus fréquentes, je crois que c'est un signe assuré que la protection possessoire et le plus sûr moyen, celui auquel on recourt invariablement, pour obtenir la paix publique, quant à la répartition de fait des biens.

Ainsi je suis amené à répondre par la négative à une question que j'ai posée dans un passage antérieur : le motif de la protection possessoire ne s'est pas transformé dans la suite du développement du droit ; c'est le motif originaire qui a persisté. Il me reste à répondre à la seconde question : quels sont les rapports extérieurs entre un homme et une chose qui doivent être protégés.

Toute chose du monde matériel, à moins qu'il s'agisse de choses abandonnées, se trouve sous le pouvoir de fait d'un individu, dépend de quelqu'un.

Mais ce pouvoir de fait varie pour chaque cas, dans sa manifestation extérieure et, par conséquent, dans le caractère que l'opinion commune lui attribuera ; une variation de caractère correspondante existera entre ceux qui l'exercent, entre les dominateurs. Les uns entendront exercer sur la chose un droit absolu, un droit de propriété, qu'ils soient ou non, en réalité propriétaires ; par conséquent ils ne reconnaîtront à personne un droit supérieur au leur ; d'autres,

au contraire, tout en reconnaissant le droit de propriété d'un autre sur la chose qu'ils ont sous leur pouvoir, entendront tout de même exercer un droit, un droit autre que la propriété, un droit réel ou personnel ; ils entendront par exemple avoir la chose en gage ou l'habiter en qualité de locataire.

À présent, si l'on se place à un autre point de vue, sur le terrain purement économique, abstraction faite de toute arrière-pensée juridique, les uns entendront exercer le pouvoir dans leur propre intérêt : et en même temps exercer le pouvoir indépendant, je dirai un pouvoir d'appropriation économique ; le monde verra en eux les maîtres de la chose : tel l'agriculteur qui exploite une terre pour en recueillir les fruits. D'autres, au contraire, exerceront le pouvoir de fait sur une chose pour un autre, sans un intérêt propre, dans le ménage de celui-ci, dans son industrie où à l'occasion d'un rapport semblable, en vertu duquel, d'après les conditions sociales du temps, il devra donner suite aux instructions de cet autre relatives à la chose. La société ne verra pas en eux des maîtres, mais des gérants du maître. Tel l'ouvrier agricole, qui exploite une terre, mais dans l'intérêt d'un autre, car il ne jouit pas des fruits, et, ce qui est encore plus important, il doit donner suite aux instructions du maître.

Ainsi le pouvoir de fait pourra apparaître d'un côté, comme l'exercice de fait de propriété ou d'un autre droit réel ou personnel ; d'un autre côté, comme une appropriation économique ou une exploitation économique.

Le fondement qu'on donnera à la protection possessoire aura une double influence sur le choix des situations de fait qui devront être protégées : d'abord si l'on doit avoir en vue des rapports de fait colorés

de l'exercice d'un droit, ou au contraire à l'état brut, dans leur manifestation purement économique ; ensuite, une fois établi, à quel point de vue, point de vue du droit ou point de vue de la vie économique, on doit envisager le choix des rapports, déterminera le choix des rapports qu'il faudra protéger.

Appliquons cette idée.

D'après les théories qui soutiennent que, par la protection de la possession on a indirectement en vue la protection d'un autre droit, parce que l'exercice de fait d'un droit fait présumer l'existence du droit, fatalement il faudra envisager la situation de fait colorée de l'exercice de fait d'un droit. Ainsi Ihering, qui soutient que c'est la propriété possible qu'on protège dans la possession, serait d'avis (1) de ne la protéger et de n'y voir une possession que là où elle apparaîtra comme l'exercice de fait de la propriété. Ainsi se sont les situations de fait colorées de l'exercice d'un droit, et encore pas toutes, mais exclusivement celles colorées de l'exercice du droit de propriété, qu'il faudrait protéger.

D'après les autres théories, qui, par la protection possessoire, n'ont indirectement en vue aucun autre droit reconnu législativement, qu'il s'agisse, dans la protection possessoire, de la protection de la personnalité, de l'intérêt économique de la possession, ou de la paix publique, il faudra laisser de côté toute analogie avec un droit reconnu législativement et, à *fortiori* avec le droit de propriété, car ceux qui entendent se comporter comme des propriétaires

1. En réalité, il n'arrive pas à cette conclusion logique ; le fait de s'écarter de ce point de vue est une contradiction. Je montrerai, au chapitre relatif à *l'animas*, la contradiction qu'il y a entre les diverses parties de la théorie possessoire d'Ihering.

ne sont pas les seuls qui, par la dépossession, souffrent dans leur personnalité ou dans leur intérêt économique ; en outre, la dépossession de ces gens ne sera pas la seule qui occasionne des troubles publics.

Ce sont, en première ligne, et avant de penser aux avantages juridiques, les avantages économiques de la possession, la possibilité qu'elle donne de jouir d'une chose, qui poussent aux dépossessions ou aux troubles arbitraires et déclanchent la réaction, les conflits, que la loi veut prévenir par la protection possessoire ; au contraire, là où il n'y aura un intérêt propre à la possession, il est probable qu'il ne se produira pas de conflits et que la protection possessoire sera superflue. Dans des hypothèses de contact matériel avec la chose où le détenteur ayant la chose en mains, et pourrait en faire ce que bon lui semblerait, au besoin même la détruire, mais où cependant, si l'on se place au point de vue des usages courants, il n'a cependant acquis, relativement à la détention de la chose la moindre initiative personnelle, n'ayant avec elle d'autre relation matérielle que celle qu'il convient au véritable possesseur de lui laisser ; vis-à-vis d'un détenteur de ce genre, qui est simplement un instrument de possession pour autrui, il est très légitime, que celui qui possède par son intermédiaire l'oblige, au besoin par la force, à lui rendre la chose, qu'il détient. Dans cette limite, il y aura des hypothèses de rapports de faits, qui devront rester en dehors de la protection possessoire. La société distinguera toujours des maîtres de fait et des actes, des situations d'appropriation économique, qui la porteront à les considérer comme tels ; et, en outre, des simples rapports de détention

subordonnée, qui n'indiqueront que des gérants à la possession. La conception de cette relation de subordination, qui empêche d'accorder la protection à certains détenteurs, sera en fonction des usages et des mœurs courants, qui, à leur tour, varieront avec le temps. Ainsi, à Rome, les fermiers se trouvaient dans une pareille relation de subordination vis-à-vis des bailleurs, tandis que, de nos jours, le fermier est le maître de la chose, car il a pour la durée du contrat une jouissance indépendante de la chose ; le propriétaire, d'après les usages économiques, qui se reflètent dans le Code civil, ne peut pas légalement l'expulser à volonté.

Ainsi les conclusions auxquelles conduit le fondement de la possession que j'ai soutenu sont les suivantes :

Pour choisir les situations de fait, qu'on devra considérer (protéger) comme des possessions, on devra s'en tenir exclusivement aux caractères économiques des manifestations, abstraction faite de toute arrière-pensée, sur toute recherche sur le point de savoir si elles correspondent ou non à l'exercice matériel d'un droit institué législativement (1).

1. C'est de ce côté que se dirigent les législations modernes dans leurs définitions de la possession : Code civil japonais (art. 180), « la possession s'acquiert par la détention de la chose avec l'intention de l'exercer dans son propre intérêt » ; Code civil allemand (art. 854), « la possession d'une chose s'acquiert par l'obtention du pouvoir de fait sur cette chose » (il faut néanmoins ajouter que le Code civil allemand s'est départi de ce principe dans les paragraphes 1029 et 1090, alinéa 2, en déclarant que l'exercice de fait de certaines *servitudes* serait couvert par la protection possessoire) ; Code civil suisse (art. 919), « celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession » (néanmoins al. 2, en matière de servitudes et de charges foncières, la possession consiste dans l'exercice effectif du droit).

Devront être écartées de la sphère de la protection possessoire les situations de fait qui ne révéleront qu'un pouvoir dépendant sur la chose, dépendance qui, d'après les pratiques économiques (1), s'opposerait à ce que celui qui l'exerce

1. Il ne faut pas conclure, que l'élément de dépendance découlerait exclusivement de la condition sociale du détenteur. Ainsi des amis ou des hôtes, que nous recevons à notre table, qui ne sont nullement nos subordonnés, qui ne sont pas nos domestiques, et se servent des objets mis à leur disposition, n'en deviendront néanmoins pas des possesseurs ; ils ne le deviendront pas parce que, d'après les usages, ces situations ne comportent pas une appropriation économique de la chose, ne fondent pas un pouvoir indépendant. (Cf. Strohal, *Sachbesitz*, p. 11).

Le Code civil allemand détermine de la manière suivante les cas, qui doivent rester en dehors de la protection possessoire.

D'abord, par l'expression : « die thatsächliche Gewalt über die Sache, » de la définition, qui, si on se rapporte aux travaux préparatoires (*Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung*, t. III, p. 29) devra être interprétée comme l'équivalent de l'expression française de maîtrise de fait, sont écartées les situations qui, d'après les idées ambiantes, ne correspondent pas à cette idée (ex. les amis reçus à notre table, exemple cité plus haut. (Plank, *Kommentar zum. B. G. B.*) III, p. 32.

Ensuite elle fait une catégorie à part (intéressante seulement au point de vue de la défense privée de l'art. 859), dans l'article 854 : « si quelqu'un exerce le pouvoir de fait sur une chose pour un autre, dans le ménage de celui-ci, dans son industrie ou à l'occasion d'un rapport semblable en vertu duquel il doit donner suite aux instructions de cet autre relatives à la chose, ce dernier seul est possesseur. »

Bekker appelle ces derniers des serviteurs de possession « Besitzdiener ».

La théorie possessoire du Code civil allemand gagnerait en simplicité si l'on supprimait cette seconde catégorie de détenteurs ; le Code civil suisse se contente de la première catégorie, c'est-à-dire celle qui est écartée de la protection possessoire, par la définition même, maîtrise effective, qu'il donne de la possession.

ait la protection possessoire contre le maître économique.

Enfin comme la protection possessoire n'est qu'un produit de l'idée qu'il faut de l'ordre avant tout, elle devra envisager les situations de fait, non pas à un point de vue purement individualiste, c'est-à-dire en se demandant ce que peut et ce que pense le bénéficiaire de cette relation matérielle et apparente, mais en tant que faits sociaux (1), donc en tant qu'apparaissant à la collectivité même comme des situations de faits extérieures. Il faut se demander ce que pense du bénéficiaire de la relation matérielle la collectivité, dont il est membre. On répondra en se guidant d'après les idées ambiantes, conformément aux mœurs et aux relations sociales.

1. Cf. L. Goldschmidt, *Grundlagen*, p. 56 et s.

CHAPITRE III

Les éléments constitutifs de la possession

Ainsi, le but qu'on poursuit par la protection possessoire une fois établi, on peut entreprendre l'étude des éléments constitutifs de la possession ; on doit préciser en quoi consiste et comment doit se caractériser le rapport extérieur entre un homme et une chose pour fonder le droit de possession.

L'étude des éléments constitutifs de la possession nous transporte en plein droit romain :

D'abord parce que la théorie romaine de la possession a tellement dominé la formation des législations modernes, que prendre parti dans la question de la possession en droit romain, c'est presque préparer par là même une interprétation du droit moderne.

Ensuite parce que la doctrine moderne sur la possession est dominée par les théories possessoires de Savigny et d'Ihering ; or, ces auteurs, en raison de ce que, de leur temps, le droit privé en vigueur dans leur patrie était le droit romain, ont construit leurs théories sur l'interprétation des sources romaines.

D'après la théorie régnante, qui a été pour la première fois exposée systématiquement par Savigny, il y aurait deux éléments constitutifs de la possession, désignés à l'exemple des sources romaines, par les mots *corpus* et *animus*. Ces éléments sont deux élé-

ments distincts et absolument indépendants l'un de l'autre.

Le *corpus* est l'élément matériel, consistant dans une relation physique entre le possesseur et la chose possédée. Cette relation physique, à elle seule, n'est pas une possession ; elle prend plus particulièrement le nom de détention.

L'*animus* est un élément intentionnel, consistant dans ce fait que celui au profit de qui existe ce rapport matériel avec la chose entend se comporter en maître et en propriétaire.

De l'existence de ces deux éléments dépendrait l'existence même de la possession.

Ces deux éléments sont si nettement tranchés que l'un peut exister sans l'autre : l'un peut disparaître et l'autre subsister. Ainsi nous pouvons acquérir la possession en empruntant le *corpus* d'autrui, pourvu que nous ayons l'*animus* personnel ; d'après l'article 2228 du Code civil, la possession est la détention d'une chose que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

Enfin, tout en ne pouvant pas acquérir la possession en n'ayant que l'*animus*, nous pouvons, une fois la possession acquise, la conserver *animo solo* et Paul en donne pour exemple le cas du *saltus hiberni aut aestivi*, notamment les pâturages alpestres dont il était admis qu'on gardait la possession, malgré l'abandon où le possesseur les laissait pendant toute une saison de l'année.

Rien de plus net, le *corpus* et l'*animus* nous apparaissent comme deux faits distincts et indépendants l'un de l'autre. Cependant, si nous y réfléchissons bien, nous verrons que cette indépendance est loin

d'être une conception aussi évidente qu'elle peut le paraître au premier abord, car il est bien certain que, quelle que soit la définition que nous devions donner du *corpus*, ce dernier comprend forcément déjà un acte de volonté. En effet dans aucune théorie, on n'a jamais admis que le simple contact de l'homme avec la chose, le simple fait que vous vous trouvez en contact matériel avec une chose, suffise pour que la possession soit réalisée; encore faut-il que vous ayez voulu dominer la chose. Ce rapport de simple juxtaposition locale devra être indifférent au point de vue de la protection possessoire, quel que soit le fondement qu'on lui attribuerait, car il est inconcevable qu'un conflit ait lieu dans ces conditions à l'occasion de la chose, puisque, tant qu'on n'est qu'en simple rapport de juxtaposition locale avec la chose, on n'a aucune prétention sur la chose. Ainsi en mettant une pièce de monnaie dans la main d'un homme endormi, ce dernier ne la possédera que du moment où, se réveillant, il voudra la tenir. Ce n'est qu'à partir de ce moment qu'un conflit est concevable. Donc le *corpus* suppose bien un état de fait, mais un rapport de fait qui n'est pas purement passif et accidentel, mais qui, au contraire est voulu et intentionnel.

Ainsi on est amené à se demander si l'élément *animus*, que les sources indiquent, ne viserait que cette participation de la volonté à la réalisation du *corpus*, ou s'il ne vise pas au contraire un élément intentionnel supplémentaire et distinct? D'après la théorie régnante, la possession supposerait d'abord un contact avec la chose, puis, en second lieu, la volonté d'exercer ce contact et, en troisième lieu, une troisième volonté, qui serait de s'ériger en maître et propriétaire.

Il est préférable de ne pas prendre parti sur cette question avant d'avoir étudié en détail le *corpus*.

Pour le moment, il est simplement acquis qu'il n'y a pas une séparation tranchée entre le côté matériel et le côté intentionnel.

§ 1. — *Du corpus en particulier*

Qu'est-ce donc que le *corpus* en matière de possession ? En quoi consiste ce rapport extérieur apparent et visible, qui forme le premier élément d'existence de la possession.

Il faut remarquer d'abord, et les sources se placent en général à ce point de vue, que, le plus souvent, pour déterminer s'il y a possession ou non, il faudra remonter à la prise de possession, car la situation de fait fugitive, telle qu'elle apparaît du premier abord, ne suffit pas, bien de fois à révéler la possession et le possesseur. Alors sur le terrain pratique on résoudra le plus souvent la question du *corpus* possessoire par rapport au *corpus* nécessaire à l'acquisition de la possession.

En droit romain, on peut signaler sur ce point trois groupes d'opinions, dont le développement présente ceci de curieux que l'ensemble constitue comme une série d'étapes dans le sens de la prédominance des vues économiques et l'adaptation du droit aux faits de la vie réelle (1).

1. Saleilles, dans son article sur les éléments constitutifs de la possession (*Revue bourguignonne*, t. III, p. 122 et s.) et auxquels

La première opinion, celle des glossateurs, prévalut jusqu'à l'époque de Savigny ; elle se plaçait surtout au point de vue des textes qui exigent une prise de possession matérielle de la chose, une mainmise sur la chose. Ainsi, pour les immeubles, le fait normal d'acquisition est de mettre le pied sur l'immeuble ; pour les meubles, c'est l'appréhension *corpore et tactu* ; néanmoins les textes admettent des exceptions, notamment on assimile à l'entrée sur le fonds le fait par les deux parties, au moment de la tradition, de se montrer le fonds d'une tour voisine, ou enfin la simple remise des clefs équivaut à la tradition des marchandises enfermées dans un grenier. Ces cas où, par exception, on avait admis la réalisation du *corpus*, sans qu'il y eût appréhension matérielle, étaient considérés par les glossateurs comme des hypothèses de prise de possession symbolique.

Il faut présumer qu'il a dû en être ainsi au début de la théorie possessoire, à l'époque où tous les rapports juridiques devaient avoir pour base un acte matériel ou symbolique et où, dans une civilisation primitive, à défaut de frein moral et juridique suffisamment efficace, le possesseur sans occupation effective se trouve à la merci de quiconque (1) ; mais

je ferai de nombreux emprunts au cours de l'exposé, donne un aperçu saisissant de ces trois groupes d'opinions. Voir aussi Bekker, *Besitz*, p. 192 et suiv. 229 et suiv.) ; et à la page 340 un aperçu sur les diverses controverses sur le *corpus* et Meischneider, *Besitz und Besitzzchutz*.

1. Ce phénomène nous est attesté actuellement encore par le régime foncier des peuples sauvages et même de certaines colonies naissantes. Cf. Nys, dans la *Revue de droit international et de législation comparée*. 1903, p. 329 et les autorités qu'il cite. Goldschmidt, *Grundlagen*, p. 69, tout en admettant qu'il y ait eu une évolution dans la théorie du *corpus* refuse d'admettre qu'il y

il est incontestable qu'on s'était peu à peu dégagé de ce formalisme étroit et rigoureux, comme le prouvent beaucoup de textes, qui n'exigent plus à proprement parler une prise de possession effective, mais une sorte de prise de possession simplement en présence de l'objet.

Suivant une seconde opinion, qui est celle de Savigny (1), les cas de prise de possession symbolique des glossateurs ne seraient pas des cas dérogatoires, mais au contraire l'expression de l'idée dominante en matière de possession. Ce qui résultait des solutions données par les textes, remise des clefs faites sur place, prise de possession par le regard, c'est qu'ils s'agissait de faits qui révélaient, de la part de *l'accipiens*, la volonté de s'emparer de la chose, de la dominer, et, en même temps, la possibilité immédiate de réaliser cette volonté, en soumettant la chose à son pouvoir et en écartant les tiers, quels qu'ils fussent, qui voudraient s'en emparer : cette possibilité immédiate de domination résultait d'un fait matériel et d'un fait d'ordre intellectuel : le fait matériel était la présence de la chose, qui rendait la prise de possession à tout moment possible ; le fait d'ordre intellectuel résultait de la présence du *tradens*, qui faisait lui-même la remise de la chose et qui, par suite, semblait garantir à *l'accipiens* une jouissance régulière paisible à l'abri de toute réclamation.

Ces faits suffisaient à révéler le pouvoir de domination que le possesseur voulait exercer. Ainsi le *corpus*, pour Savigny, résulte d'un acte matériel

ait eu un temps où on s'en soit tenu exclusivement à une occupation effective.

1. Savigny, § 14 et s., Windscheid, § 153.

qui révèle clairement la domination, que celui qui l'exerce prétend avoir sur la chose.

Le *corpus* n'implique pas forcément une prise de possession matérielle déjà réalisée, mais une prise de possession prête à se réaliser ; pour qu'elle soit prête à se réaliser, les conditions suivantes sont nécessaires : 1° le fait d'être près de la chose ; 2° la possibilité directe et immédiate de la soumettre à son pouvoir physique 3° enfin celle d'écarter toute main mise étrangère.

Ainsi, au fond de la théorie de Savigny, se trouve l'idée de domination, qui implique une idée de puissance physique ; le possesseur est celui qui, dans le monde des faits extérieurs, a la chose en son pouvoir, de telle sorte qu'il ne soit plus possible à qui que ce soit de s'en emparer malgré lui : la chose possédée n'est pas forcément une chose sous la main de quelqu'un, mais c'est une chose sous la garde de quelqu'un, garantie et défendue par celui qui la possède et dont personne ne peut être à même de s'emparer, si ce n'est pas surprise ou violence.

Le pouvoir de domination d'un individu s'étend sur tous les objets compris dans sa maison, parce que tout ce qui est dans la maison est censé être sous la garde de celui qui habite la maison. A leur égard, la possibilité physique de mainmise immédiate, et à l'exclusion des tiers, se trouve réalisée par le fait même que tout ce qui est dans la maison est gardé, sinon par le maître, du moins par les domestiques et est protégé par la contre tout atteinte des tiers : l'enceinte de la maison suffit à écarter les tiers et à donner au maître de la maison le pouvoir exclusif sur la chose. L'exigence de la présence du possesseur pour écarter les tiers est supplée par

l'idée de Custodia (1) Par suite de cette idée, je deviendrai possesseur des choses achetées par moi, rendues à domicile en mon absence, par le seul fait du dépôt chez moi, même si mes domestiques ignorent l'achat et que moi-même j'ignore que le dépôt ait eu lieu.

Ainsi les éléments de fait de la possession sont entrain de s'intellectualiser, car le *corpus* n'implique plus une occupation matérielle et effective, mais seulement une prétention à la domination de la chose, pouvant incessamment se réaliser.

Ihering (2) — et sa théorie est la troisième de celles que j'annonçais, — l'intellectualise davantage ; sa théorie est franchement dégagée de tout élément matériel, reposant uniquement sur la seule constatation des faits de la vie réelle. Elle correspond à une troisième étape dans l'état des mœurs, des Romains, qui permettait d'écarter à tel point la nécessité d'une mainmise effective, qu'on arrivait presque à ne voir dans l'état de fait possessoire que l'expression d'un rapport intellectuel et juridique.

Ce changement, dans l'état de l'opinion, eut sa répercussion dans les sources. Ainsi il y a des textes qui admettent l'acquisition de la possession même en l'absence du possesseur, sans qu'il y ait personne pour prendre possession à sa place, et aussi sans qu'il puisse être fait application de l'idée de Custodia. Par exemple l'hypothèse d'un sanglier (3), qui est pris dans les pièges que j'avais dressés, un passant le dégage et s'en empare : on se demande si le sanglier, par le seul fait qu'il était tombé dans le piège dressé par moi, était devenu ma propriété (ce qui

1. Pour la théorie de Custodia de Savigny, voir *Posses.*, § 17.

2. Ihering, *Interdits*, p. 143 et s. *Possession*, p. 249 et s.

3. 55 D 41. 1.

revient à se demander si j'en ai acquis la possession) ; celui qui s'en empare s'empare-t-il d'une chose qui m'appartient ? Proculus déclare que le point décisif dans la question est de savoir si la bête est prise de telle façon, qu'elle soit désormais soustraite à sa liberté naturelle ; dès qu'elle n'a plus sa liberté, elle tombe sous la possession de celui qui a tendu le piège.

On voit donc un cas où la possession peut être acquise au possesseur en dehors de sa présence et en dehors de tout fait qui lui garantisse la possibilité immédiate d'une prise effective de possession. Enfin la décision relative au « saltus » et qui s'est généralisée ensuite : le propriétaire d'un saltus, d'un pâturage alpestre, n'en perd pas la possession malgré l'abandon où il le laisse pendant toute une saison.

Ainsi on perd de vue toute idée de pouvoir physique sur la chose, pour ne s'attacher qu'aux rapports économiques et aux habitudes de la vie réelle. Donc, à la place d'une domination physique, c'est un rapport de maîtrise intellectuelle, qui suffit désormais. Ce rapport n'existant plus en vertu d'un pouvoir physique, mais par suite du respect qui lui est assuré par les mœurs, ce sera d'après les idées ambiantes qu'il faudra rechercher qui est le possesseur.

D'après Ihering, si l'on se rapporte aux idées ambiantes, il y aurait possession là où le rapport de fait apparaîtrait comme l'exercice de fait de la propriété. Ihering est logique en adaptant la notion de la possession au but, que la loi poursuivait (d'après lui) par la protection de l'état de fait. Rappelons la pensée maîtresse qui domine toute la

conception possessoire d'Ihering : pour lui, la possession n'est qu'un moyen de protéger la propriété ; par suite elle ne peut exister que là où la propriété est possible ; donc elle doit exister là où la propriété est manifestée par son exercice visible ; alors le corpus est le rapport extérieur, qui existe normalement entre le propriétaire et sa chose : est possesseur celui qui, extérieurement, se comporte vis-à-vis de la chose comme le ferait normalement le propriétaire.

On ne peut nier que cette formule ne présente des avantages considérables sur celle de Savigny (1).

En effet cette formule se concilie admirablement avec l'infinie diversité d'aspects que les circonstances donnent au *corpus possessionis*. L'attitude habituelle et normale du propriétaire ne varie-t-elle pas d'après la diversité des choses, parce que chaque chose remplit à sa façon sa destination économique et que, par conséquent, le rapport extérieur, qui nous donne l'utilisation économique d'une chose, ne peut être le même pour des choses dont le rôle économique diffère ? Le cultivateur laisse en plein champ ses meules de foin et de blé, l'entrepreneur laisse à pied d'œuvre les matériaux destinés à la construction, le bûcheron laisse dans la forêt, ou le long de la route, l'arbre qu'il vient d'abattre ; par contre, tout le monde se comporte autrement à l'égard des objets précieux, bijoux, valeurs, etc., chacun les enferme dans sa maison. Les choses de la première catégorie citée sont abandonnées sans protection ni surveillance et, malgré cela, elles apparaissent comme étant dans le rapport extérieur nor-

1. Cornil, *Possession*, p. 24 et s.

mal du propriétaire avec sa chose, par contre celles de la seconde catégorie, si elles étaient laissées dans le même état, c'est-à-dire sans protection ni surveillance, ne seraient pas dans le rapport extérieur existant normalement entre le propriétaire et sa chose. Ce qui serait l'état normal pour les unes serait un état anormal pour les autres.

Le système de Ihering présente, on le voit, ce très grand avantage de trancher, sans difficulté et par l'expérience de la vie journalière, la question de savoir si, dans un cas donné il y a possession. Tout le monde sait que les matériaux à pied d'œuvre, les arbres abattus dans les forêts, les meules dans les champs, le bétail dans les pâturages, les maisons de campagne délaissées pendant l'hiver, etc., que toutes ces choses, bien qu'abandonnées sans surveillance, sont cependant traitées de la manière dont le propriétaire traite d'habitude les choses de cette espèce chacun sait que c'est là l'état normal pour les choses de ce genre, que c'est précisément dans cet état qu'elles accomplissent leur destination économique. Tandis que, d'autre part, chacun sait aussi qu'une montre, ou un bijou, ou un portemonnaie, etc., qui serait abandonné exactement de la même façon sans surveillance dans les champs ou dans les bois, ne se trouve pas dans l'état normal avec lequel il accomplit sa destination économique ; chacun sait que ces objets, dans cet état, sont soustraits au service du propriétaire, qu'ils ne sont plus dans le rapport extérieur qui existe normalement entre le propriétaire et sa chose, que la possession en est perdue.

On voit que la chose même, par l'état dans lequel elle se trouve, trahit clairement aux yeux de tous

l'existence ou l'absence du *corpus possessionis*. Or la grande facilité pour quiconque de reconnaître l'existence d'un rapport possessoire a une importance considérable pour la sûreté de la possession. C'est grâce à cette facilité de reconnaître l'existence de la possession, que le possesseur est assuré de voir sa possession toujours respectée par les honnêtes gens. Pas de méprise possible de la part de ceux-ci : l'honnête homme, qui voit des grives prises dans des lacets, sait que ces grives sont possédées par quelqu'un et il n'y touchera pas ; par contre s'il trouve une montre dans un bois, il sait que la possession en est perdue et il la ramassera pour tâcher de la restituer à son véritable propriétaire. Sans doute cette facilité de reconnaître l'existence de la possession n'arrêtera pas le malhonnête homme ; celui-ci n'est même pas arrêté par les obstacles matériels, tels que clôtures, serrures, etc., et ceci montre combien peu en réalité la sécurité de la possession repose sur le pouvoir physique ou matériel du possesseur, car les brigands et les voleurs brisent ou évitent les obstacles d'ordre physique ou matériel. La sécurité de notre possession, nous ne la devons pas seulement, comme le pensait Savigny, aux murs, serrures, verrous, coffres-forts et autres obstacles extérieurs, que nous opposons aux convoitises d'autrui, mais nous la devons surtout à l'efficacité des prescriptions de la morale et du droit. En effet, si nous possédons un fonds, nous sommes pour ainsi dire assurés qu'aucune autre personne ne profitera de notre absence pour s'en approprier la possession : Et pourquoi ? Ce n'est point parce que nous aurions opposé des obstacles matériels ou physiques aux convoitises d'autrui, mais c'est parce que

chacun sait qu'en s'emparant de notre chose, il commet un acte réprouvé par la morale et puni par le droit. C'est la crainte d'encourir cette réprobation et cette peine qui arrête les tiers et qui donne de la sécurité à notre possession, bien plus que les meilleurs clôtures ou serrures.

Donc ce qui constitue le *corpus*, ce n'est pas un fait précis et déterminé tel que l'appréhension corporelle ou l'occupation effective, comme le voulaient les glossateurs, ou, à défaut de cette appréhension corporelle, tout au moins la tradition faite en présence de la chose ou au moins le fait d'avoir la chose sous sa Custadia, comme le pensait Savigny : on ne peut désigner d'avance aucun fait précis, qui incarne en soi la réalisation du *corpus* possessoire. Le *corpus* est un rapport tel qu'il révèle le propriétaire. Or on ne peut pas dire d'avance en quoi ce rapport consiste, car il dépend du mode d'exercice de la propriété, et le mode d'exercice de la propriété dépend lui-même des trois éléments suivants : 1° la nature de la chose ; 2° son mode d'utilisation au point de vue économique, 3° les usages, toujours variables, du pays et de l'époque, usages qui indiquent comment les propriétaires d'un pays déterminé, dans une civilisation donnée, jouissent de leurs choses.

La possession, dans une théorie de ce genre, devient ce qu'il y a de plus élastique et de plus souple au monde : pour savoir si tel individu, qui est en rapport avec la chose, possède, il faut se demander ceci : comment ceux qui sont propriétaires d'une chose de ce genre ont-ils l'habitude de se comporter vis-à-vis de cette chose et d'user de leur droit de propriété ? Ce n'est plus le droit, avec ses formules raides et précises, qui peut donner la réponse ;

c'est l'ensemble des usages et des pratiques économiques.

Ainsi le droit est adapté aux faits de la vie réelle.

Tout de même la formule de Ihering n'est pas si simple qu'elle paraîtrait au premier abord.

En effet, lorsqu'il s'agit d'immeubles, les faits extérieurs et visibles d'où peut découler la manifestation du droit de propriété sont souvent d'une nature ambiguë et incertaine et cela précisément parce qu'il n'est pas d'usage, pour le propriétaire, d'être en contact perpétuel avec son fonds.

Ainsi nous avons vu que l'absence momentanée du propriétaire ne lui faisait pas perdre sa possession (1) ; par conséquent le fait de voir un nouveau venu s'installer sur un domaine ne prouve pas que l'immeuble n'ait pas un autre possesseur ; or il ne peut pas y avoir deux possesseurs du même immeuble ; par conséquent le fait seul de l'installation sur un domaine ne suffit pas à révéler le propriétaire, puisqu'il peut y avoir un autre individu qui, tout en restant absent, se conduise pourtant en propriétaire et se manifeste, lui aussi, comme le propriétaire visible, donc comme le possesseur.

Et voilà pourquoi — c'est d'ailleurs une remarque que j'ai déjà faite — il faut chercher cette manifestation du droit de propriété dans les circonstances, qui ont accompagné la prise de possession.

Il faut, en d'autres termes, remonter à l'origine de la possession et s'attacher aux faits qui sont de nature à révéler le propriétaire.

Or cette origine de la possession peut avoir deux causes très distinctes : ou bien un transfert auquel

1. Je me rapporte au *saltus hiberni aut aestivi*.

ait participé le précédent possesseur, ou bien une occupation unilatérale, à laquelle, par conséquent, le précédent possesseur soit resté étranger.

S'il s'agit de transfert, le fait le plus éclatant, qui puisse révéler le propriétaire visible de la chose, c'est l'accord conclu entre l'ancien et le nouveau possesseur, accord en vertu duquel l'*accipiens* est précisément désigné comme le nouveau propriétaire de l'immeuble. Mais, en matière de possession, il faut que tout traduise des faits visibles et extérieurs, aussi cet accord, tant qu'il reste purement verbal, fut-il même constaté par écrit, ne compte pas au point de vue de la possession : il faut donc, pour qu'il ait une valeur de fait, que tout le monde admette qu'il se soit traduit par un fait apparent et public, et ce fait ne pouvait être que la tradition en présence de l'immeuble.

Passons au second cas, celui de l'occupation. Ici, comme précisément, le propriétaire peut être absent et rester encore possesseur, le seul fait de l'occupation ne suffit pas à faire acquérir la possession ; il faudra, pour que la possession soit acquise, un acte émanant du précédent possesseur, et cet acte pourra être ou bien le fait, de la part du précédent possesseur, d'avoir connu l'occupation étrangère et de n'avoir pas cherché à la faire cesser, ce qui constitue un abandon tacite de la possession, ou bien le fait d'avoir essayé de chasser le nouveau venu sans avoir pu y réussir, ce qui constitue un abandon devant la force brutale.

Donc, de toute façon, il faut qu'à l'occupation du nouveau venu se joigne un fait d'abandon réel ou tacite du précédent possesseur.

Il s'agit donc d'un acte extérieur et public par

lequel le précédent possesseur ait cédé la place au nouveau venu, et c'est cet abandon par l'ancien possesseur qui révèle et manifeste le nouveau possesseur, comme le seul maître de l'immeuble.

En d'autres termes, c'est cet acte, émanant de l'ancien possesseur, qui donne sa véritable signification, au point de vue possessoire, au rapport de fait existant entre le détenteur actuel et l'immeuble.

Pour les meubles, dans tous les cas, la détention matérielle suffira pour la réalisation du *corpus* possessoire, c'est qu'en matière de meubles l'abandon de la chose, même momentanée, ne rentre plus dans les usages des propriétaires et, par conséquent, la détention corporelle est le signe le plus éclatant de la visibilité de la propriété. On ne peut plus objecter au possesseur d'un meuble, qui s'est emparé d'un meuble, qu'il peut y avoir un autre possesseur actuel de la chose, car il répondrait que ce prétendu possesseur, n'ayant pas la chose en mains, n'a plus les apparences de la propriété mobilière et que, lui seul, à raison de sa détention, peut être considéré comme le propriétaire apparent, donc comme le seul possesseur.

Mais, en dehors et à défaut d'appréhension corporelle, tous les faits, qui d'après l'état de l'opinion publique à un moment donné, seraient suffisants pour faire présumer le propriétaire constitueront aussi le *corpus* : ainsi la remise des clefs loin du grenier ou l'apposition de marques tracées sur des marchandises achetées et laissées chez le vendeur (1).

Sur le terrain de l'acquisition de possession par

1. Exemples tirés des sources romaines elles-mêmes.

voie d'occupation, on doit se montrer plus rigoureux, pour ce qui est des conditions d'appréhension matérielle.

Dans tous les cas d'occupation il faut une mainmise sur la chose, ou tout au moins un ensemble de faits, qui constituent un acte de domination sur la chose : je fais allusion ici au sanglier pris au piège, pour lequel il n'y a pas encore mainmise de la part du chasseur, bien qu'il y a déjà un fait de domination sur la chose elle-même, puisqu'elle est soustraite à sa liberté naturelle. Et, au contraire, on pourrait supposer par exemple, et j'emprunte cet exemple à Saleilles, un individu déclarant publiquement qu'il est le propriétaire de tel immeuble, — que je suppose d'ailleurs abandonné, — faisant des marchés d'entreprise en vue de constructions à faire sur cet immeuble, en d'autres termes se posant publiquement en maître et en propriétaire ; s'il n'a pas mis le pied sur l'immeuble, dans aucun cas il n'acquerra la possession.

Donc, en matière d'acquisition par voie d'occupation, il faut forcément une prise de possession matérielle.

Saleilles explique de la manière suivante la différence avec le cas d'acquisition par tradition :

Au cas de tradition, il y a l'intervention du précédent possesseur et il y a remise de possession, ou, tout au moins, à supposer que la remise matérielle ne soit pas encore considérée comme effectuée, il y a une convention de remise de possession.

Si donc cette convention se traduit par des faits visibles et qu'elle soit accompagnée d'un fait quelconque de désaisissement de la part de l'ancien possesseur, tel que la remise des clés, qui l'empêche de

pénétrer dans le grenier, on comprend qu'en pareil cas la manifestation extérieure des pouvoirs acquis à *l'accipiens* se trouve très facilement réalisée en dehors de toute prise de possession effective, et cela soit qu'il s'agisse, comme le veut Savigny, de la manifestation extérieure d'un pouvoir de domination matérielle, simple pouvoir de fait, soit qu'il s'agisse, comme le veut Ihering, de la manifestation d'un pouvoir de droit, c'est-à-dire, dans l'espèce, conforme à l'exercice de fait du droit de propriété.

En d'autres termes, l'intervention visible et manifeste de l'ancien possesseur devient un élément de fait de la prise de possession, susceptible de donner un sens et une valeur suffisante à des faits matériels qui, pareux-mêmes, n'auraient pas suffi à réaliser le *corpus* possessoire.

En matière de tradition, la prise de possession est bilatérale ; il faut donc tenir compte, même au point de vue du fait, du rôle qu'y joue le *tradens*.

En matière d'occupation, la prise de possession est unilatérale et dès lors on conçoit que l'élément matériel n'étant plus corroboré par aucune autre intervention ou adhésion de la part d'un tiers, cet élément matériel doit être entendu dans un sens plus rigoureux et plus strict.

Ainsi les Romains ne s'en sont pas tenus à la conception purement matérielle d'une mainmise effective : ils se sont dégagés non seulement de l'idée d'une mainmise déjà réalisée, mais même de l'idée d'une mainmise simplement possible : ainsi, par exemple, au cas de marchandises marquées par l'acheteur, en quoi cette marque facilite-t-elle la mainmise de l'acheteur sur les marchandises ? Il y a encore un autre argument péremptoire, et que j'emprunte à

Saleilles, à l'appui de cette évolution ; c'est que, d'une façon générale, la relation de fait actuelle reste insuffisante à caractériser le rapport de la possession et, pour établir ce dernier, ce n'est pas le fait présent tel qu'on l'a sous les yeux qu'il faut considérer, c'est un fait antérieur, la prise de possession et dans cette prise de possession, ce dont on tient compte, c'est surtout de la question de savoir s'il y a un accord préalable de volontés. Je ne dis pas encore que l'on doive rechercher en quoi cet accord a consisté, et ce que les parties ont voulu, s'il a été question d'un transfert de propriété, ou d'un transfert de jouissance, à titre de bail par exemple : ce point concerne une tout autre question, la question de savoir à quel titre on possède, autrement dit l'intention même impliquée dans la prise de possession, donc cela se réfère à la matière de l'*animus possidenti* et j'en traiterai plus tard. Mais, ce que je veux dire, c'est que, même pour définir l'élément matériel de la possession, la situation de celui qui prétend être possesseur, il faut tenir compte de toutes les circonstances de fait, qui peuvent caractériser la relation existant entre l'individu et la chose et prendre en considération, en tant que fait matériel, la convention possible qui a pu présider à la prise de possession ; un individu entre en relation avec un précédent possesseur et reçoit de lui la possession, c'est un élément qui va servir à caractériser le rapport de fait, qui va l'unir à l'objet qu'on lui livre, car ce fait prend une telle importance, qu'il suffira dans bien des cas à lui faire attribuer la possession avant même qu'il y ait appréhension matérielle et mainmise effective (1) : en quoi donc un fait de ce

1. Ainsi dans le cas de marques apposées sur les marchandises laissées chez le vendeur.

genre influe-t-il sur l'idée de domination, voir même sur celle d'une possibilité de domination immédiate ? A l'inverse un individu fait acte de possesseur, il est sur l'immeuble, il l'occupe, il agit en maître : on apprend qu'il s'en est emparé à l'insu d'un précédent possesseur, que celui-ci ignore encore l'intrusion dont il est victime. l'envahisseur n'aura pas la possession, et cependant le fait de domination y est nettement caractérisé.

Donc on s'est dégagé de ces conceptions purement matérielles d'une mainmise réalisée ou simplement possible ; on s'est préoccupé de savoir qu'elles sont, par rapport aux tiers, la situation et la valeur de la relation de fait, qui unit à la chose celui qui s'en prétend possesseur : on ne s'en tient pas à un point de vue purement exclusif et individualiste, le fait brutal de la relation actuelle ; on replace cette relation de fait dans son milieu, dans la complexité de ses tenants et aboutissants, on veut savoir quelle attitude a, vis-à-vis des tiers, celui qui se prétend possesseur : possède-t-il d'accord avec un précédent possesseur, ou se trouve-t-il en état d'hostilité ou encore de clandestinité à son égard.

Que faut-il penser de cette théorie d'Ihering ? Il est incontestable qu'il faut renoncer à s'en tenir, pour la définition du *corpus*, à la nécessité d'un pouvoir exclusivement physique, et que, au contraire le *corpus* consistera en un ensemble de faits qui, même à défaut d'un pouvoir matériel sur la chose révéleront néanmoins à l'opinion publique l'existence d'une situation de fait de dépendance de la chose vis-à-vis d'un individu déterminé. Ainsi ce sera d'après les idées ambiantes, qui, à leur tour, seront en fonction de l'état des mœurs et des pratiques

économiques de l'époque; qu'il faudra rechercher si, même en dehors d'un pouvoir physique, l'ensemble de faits, le *corpus* possessoire, existe. Jusqu'ici je suis parfaitement d'accord avec Ihering.

Mais la formule « un ensemble de faits qui révèlent un état de dépendance » serait trop vague et inutile si on ne l'adoptait au but poursuivi par la protection possessoire. Arrivé sur ce terrain, je me sépare d'Ihering. Pour lui, comme il a en vue que c'est la propriété possible qu'on protège par les actions possessoires, ce rapport de dépendance, devra se révéler comme le rapport de dépendance, qui existe normalement sur la chose au profit du propriétaire; les faits qui révéleront cet état de dépendance seront, dans leur ensemble, identiques à l'exercice de fait de la propriété. Puisqu'il s'agit de protéger en la personne du possesseur un propriétaire présomptif, le possesseur devra se comporter comme un propriétaire, et la possession devra être l'apparence du droit de propriété. Si au contraire on a en vue le fondement que j'ai soutenu être en réalité celui de la possession, il faut dégager le *corpus* de toute analogie avec la propriété et donner une définition indépendante de *corpus*. Ce n'est pas parce qu'elle fait présumer le propriétaire que la possession est protégée, mais elle l'est pour elle-même. C'est la maîtrise envisagée sur le terrain purement économique, l'appropriation économique que la loi protège provisoirement. Elle ne se préoccupe pas de savoir si le pouvoir, que le possesseur entend exercer sur la chose, se manifeste comme l'affirmation d'un droit véritable, pris dans sa configuration législative; en tout cas, si elle a en vue la paix publique, il n'est pas indispensable qu'elle protège exclusive-

ment les rapports qui se manifestent comme l'affirmation du droit de propriété. Au contraire la loi entend protéger les rapports qui se révèlent comme des rapports d'appropriation économique ; ce sont les maîtres de fait, qu'ils se manifestent ou non comme des propriétaires, qui doivent bénéficier de la protection possessoire ; il est donc indifférent qu'on puisse présumer en eux des propriétaires ou non.

Ainsi ce qui constitue le *corpus* possessoire, c'est un ensemble de faits qui sont de nature à révéler, entre celui auquel ils se rapportent et la chose qu'ils ont pour objet, un rapport durable d'appropriation économique, un rapport d'exploitation de la chose au service de l'individu.

Essayons de préciser cette définition :

Toute chose, à moins qu'il s'agisse de *res nullius*, et j'entends par là de choses abandonnées, est affectée à la satisfaction des besoins d'un individu ou d'une collectivité d'individus. Laissons de côté cette idée de collectivité ; ce qui est certain, c'est que toute chose non abandonnée est exploitée par quelqu'un qui la fait servir, ou qui entend, envers et contre tous, la faire servir à ses besoins : toute chose est au service économique de quelqu'un.

D'où cette conséquence qu'il y a, à l'égard de toute chose du monde matériel quelqu'un qui doit être considéré comme celui qui l'a à son service ; il y a un rapport de service économique, d'utilisation économique entre chaque chose et quelqu'un qui s'en sert.

Or, ce rapport de service économique, d'exploitation économique, ne suppose pas forcément qu'un acte de maîtrise ait déjà été réalisé par rapport à la chose, ni même que cette mainmise soit actuel-

lument possible, ni enfin que la domination de l'homme sur la chose, à supposer qu'elle ait existé à un moment donné, subsiste encore.

Le rapport dont je parle consiste en ce que, pour toute chose, il y a quelqu'un dont on peut dire, par l'examen des circonstances extérieures de toutes sortes qui caractérisent sa relation avec la chose, qu'il est le maître de la chose. Or, les conditions qui peuvent fonder cet état de fait et ce rapport d'appropriation seront, sans doute, comme conditions normales, la prise de possession matérielle ; mais, par exception, il peut se faire que, en dehors de toute prise de possession matérielle, quelqu'un doive être considéré comme celui qui a actuellement la maîtrise de la chose. Ainsi, je rappelle l'exemple du sanglier pris au piège. Avant que le chasseur s'en soit emparé, on ne peut pas dire qu'il soit au pouvoir du chasseur, et cependant le fait que le chasseur avait tendu les filets et disposé le piège pour le prendre indique bien que la personne qui doit être considérée comme devant s'approprier la chose, est le chasseur qui a placé le piège. Il n'a pas encore fait acte de mainmise et la preuve, c'est que le premier venu peut s'emparer de la bête avant lui, mais il s'est cependant révélé comme celui qui doit s'approprier la chose, et ce rapport de dépendance économique, qui doit exister entre la chose et celui auquel elle est soumise, se trouve forcément établi ici au profit du chasseur de préférence à tout autre.

En d'autres termes, certaines circonstances extérieures et visibles peuvent conduire à cette constatation que quelqu'un doit être considéré comme le maître de fait de la chose, comme celui qui, vis-à-vis de tous, doit l'avoir à son service, alors même que ce dernier

n'a pas encore fait acte de domination matérielle sur la chose ; ce qui distingue cette théorie de celle de Savigny, c'est que Savigny s'en tient à un acte de mainmise réalisé ou prêt à se réaliser, tandis que l'opinion que je préfère s'en tient à la manifestation d'un rapport économique entre l'homme et la chose, rapport dont le *corpus* possessoire ne serait que la constatation et l'expression visible (1).

Revenons à la théorie d'Ihering. Nous nous sommes demandé ce qu'on doit penser du *corpus* possessoire, tel que l'envisage Ihering : or le *corpus*, c'est l'ensemble des faits qui signalent le propriétaire. Eh bien, avec une modification, en remplaçant le mot de *propriétaire*, par le mot *maître* (dans le sens économique, abstraction faite de toute présomption de droit), le *corpus* désignerait « l'ensemble des faits extérieurs qui indiquent le maître », la formule deviendrait ainsi tout à fait exacte.

Mais en définitive, cette différence ne serait-elle en réalité qu'une pure question de mots ? Au premier abord, il peut sembler que les faits qui indiquent le maître, soient exactement les mêmes que ceux qui indiqueraient le propriétaire.

Voici un individu qui se conduit comme le maître de la chose : les faits qui expriment cette attitude ne sont-ils pas exactement les mêmes que ceux qui révéleraient le propriétaire ?

Tous ceux qui sont en rapport de fait avec la chose, et qui prétendent en jouir et s'en servir, agissent à l'extérieur comme pourrait le faire le propriétaire : quelle différence y a-t-il, pour les tiers qui ignorent les relations juridiques par lesquelles a pu

1. Saleilles, *op. cit.*, III, p. 735.

se lier le détenteur de la chose, entre un fermier, un usufruitier, un propriétaire, un usurpateur? Tous sont en contact avec la chose, la dominant, la font servir à leurs besoins personnels et se comportent en maîtres vis-à-vis d'elle ; mais en même temps, si l'on s'en tient au point de vue du fait extérieur, ils se comporteraient aussi vis-à-vis d'elle en propriétaires ; sans doute on arrive à différencier leurs situations respectives, si l'on se place au point subjectif, qui est celui de leur *animus* personnel ; mais, pour cela, il faut se reporter aux titres juridiques par lesquels s'est manifestée leur volonté : et ces titres juridiques le *corpus* possessoire n'en a que faire, il les ignore : il se préoccupe bien de savoir si le possesseur a reçu sa possession d'un précédent possesseur, parce que cela c'est un fait ; mais il n'a pas à se demander à quel titre il l'a reçue, car cela, c'est le domaine de l'intention personnelle, réservé à la question de l'*animus possidenti* ; à ce dernier point de vue, il sera donc très facile de distinguer le fermier de l'usufruitier d'un propriétaire. Au point de vue du *corpus* possessoire, la distinction est à peu près impossible, parce que les mêmes faits qui caractérisent la propriété caractérisent la jouissance à titre de locataire ou d'usufruitier.

La question est donc celle-ci : si nous laissons l'*animus* de côté, peut-on dire qu'il y ait des faits matériels, ou, si l'on veut, une situation extérieure, qui soient susceptibles de révéler le maître de fait de la chose, tout en étant différents de ceux qui révéleraient le propriétaire ?

Assurément, si l'on s'en tenait au fait instantané, comme serait la relation du possesseur prise à un moment donné et fugitif, il serait assez difficile de

saisir une nuance de différenciation : on verrait un individu en contact avec la chose, qui la traite en maître et qui fait, vis-à-vis d'elle ce que ferait un propriétaire : sa situation pour les tiers peut concorder avec les deux points de vue. Mais l'opinion publique ne se contente pas d'une inspection instantanée et sommaire pour découvrir le possesseur, la possession ne se découvre pas d'un coup d'œil aussi rapide ; il faut, pour en saisir les caractères, savoir comment elle a commencé, et c'est cette situation dans son ensemble, et non à un moment de sa durée, qu'il faut envisager. Quand on la considère à ce point de vue et avec cette complexité, on conçoit que le fait matériel puisse indiquer le maître, sans qu'il puisse indiquer le propriétaire. Ainsi, même si on l'a surpris sur le fait, le voleur dont la prise de possession a commencé par une soustraction matérielle doit acquérir la possession, car afin de savoir s'il a vraiment volé la chose d'autrui, il faudrait, pour s'en convaincre, trancher la question de propriété et celle-ci est exclue du débat possessoire, même sous forme d'exception de la part de celui qui a été déposé et qui a été victime de ce fait, tout au moins apparent, de détournement. Néanmoins nous voilà, au point de vue des faits, en présence d'une possession, qui a commencée par un fait de soustraction. Et ce n'est pas la seule situation de ce genre qu'on puisse imaginer. En quoi de telles situations envisagées dans leur complexité manifestent-elles la propriété ? Où a-t-on vu des propriétaires s'emparer clandestinement de ce qui leur appartient, ou encore user de violence à l'égard d'un précédent possesseur qui apparaissait comme le maître paisible et incontesté du domaine dont ils s'emparent, ou, s'il s'agit

de meubles, se donner les apparences de voleurs pour se mettre en possession de ce qui pourrait leur appartenir? Ces procédés peuvent se rencontrer sans doute, mais ils sont l'exception; bien loin de former la visibilité de la propriété, ils en sont, à l'apparence tout au moins, la contradiction même.

Il y a donc là des situations qui manifestent l'appropriation et la maîtrise de celui au profit de qui elles se réalisent, qui sans doute ne sont pas forcément contraires au droit, car, pour établir qu'elles le soient, il faudrait avoir tranché la question en droit et celle-ci ne peut l'être qu'une fois la possession fixée; mais qui, à s'en tenir à l'apparence, laissent l'impression d'une présomption contraire au droit et cependant ces faits d'appropriation sont des faits de possession: ils sont des faits de possession parce qu'ils révèlent l'appropriation économique.

Nous trouvons donc des faits, ou plutôt un ensemble de faits, qui indiquent le maître de la chose sans qu'on puisse dire qu'ils indiquent le propriétaire (1).

Mais, même si l'on s'en tenait à la situation de fait instantanée, il n'y a pas de bonne raison d'établir la dépendance doctrinale du *corpus* possessoire vis-à-vis de la notion législative de la propriété, et il serait même dangereux de le faire, ce danger, nous nous en apercevrons en étudiant le second élément de la possession aliénée.

Pour conclure: le *corpus* possessoire est l'ensemble des faits qui sont de nature à révéler, entre celui auquel ils se rapportent et la chose qu'ils ont

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 740.

pour objet, un rapport durable d'appropriation économique (1).

§ 2. — De l'« *animus* » en particulier

Les questions, que j'ai exposés jusqu'à présent étant mises au point, on pourrait croire que l'étude de la notion de la possession serait, dans ses grandes lignes, achevée, parce qu'on a l'impression d'avoir trouvé tous les éléments de cette notion nécessaire pour l'adapter à la protection possessoire. On serait tenté de dire que ce n'est pas seulement le *corpus*, mais la possession même, qui consisterait dans un ensemble de faits, qui révéleront un rapport d'appropriation économique entre le possesseur et la chose possédée ; et il semble qu'on n'aurait pas tout à fait tort, puisqu'on aurait le *critérium*, nécessaire pour reconnaître l'état de fait, que la loi doit protéger provisoirement. Pourquoi donc compliquer les choses par ce second élément distinct et indépendant, l'*animus*, que j'annonçais ?

1. C'est sous l'influence de l'ouvrage de Pininsky, *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes*, I (1886), II (1888) qui définit le *corpus* comme un rapport d'exploitation économique (*ein wirtschaftliches Dienen*), que la doctrine allemande quitte le terrain juridique pour se placer exclusivement sur le terrain des phénomènes économiques. Je crois néanmoins que la formule de Pininsky est trop large, car elle engloberait parmi les possesseurs, à s'en tenir au *corpus* seul même les détenteurs subordonnés. L. Goldschmidt (*Grundlagen der Besitzlehre*), qui est l'inspirateur de la théorie possessoire du Code civil allemand, par la définition plus restreinte qu'il donne : un rapport de pouvoir, qui apparaît à l'opinion publique, comme la maîtrise de fait (*ein Machtverhältnis, welches dem Gemeindebewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint*), encadre dans la définition du *corpus* la possession même.

Je rappellerai la remarque — déjà faite au début du chapitre sur les éléments de la possession, — que, quelle que soit la manière de concevoir le *corpus*, celui-ci comprendra forcément déjà un acte de volonté : sans volonté, le rapport extérieur avec une chose, fût-il même un contact corporel immédiat, — et je rappelle l'exemple de la pièce de monnaie mise dans la main d'une personne qui dort, — est un simple rapport de juxtaposition locale complètement indifférent en droit. C'est dans tout rapport possessoire que la condition de volonté est requise, dans la détention comme dans la possession proprement dite (au sens que la doctrine classique lui attribue). Savigny et ses continuateurs reconnaissent eux-mêmes que la détention implique elle aussi une volonté et les sources consacrent expressément la condition de volonté pour la détention, puisqu'elles exigent, en vue de l'acquisition de la possession par un représentant, la capacité de vouloir du représentant, qui est un simple détenteur *alieno nomine*. Mais il ne s'agit pas de cet *animus* impliqué par le *corpus* : c'est en exigeant un second élément intentionnel, que la doctrine classique complique la question. Pourquoi donc ? (1) Saleilles en donne l'explication suivante :

C'est que les interprètes du droit romain se trouvaient devant les données suivantes, résultant des sources :

Beaucoup de textes disent que pour avoir la possession, il faut avoir le *corpus* et l'*animus*. Le passage peut être le plus important sur l'*animus* possessoire est le texte de Paul, disant que nous

1. Saleilles, *op.*, *cit.* IV, p. 224 et s.

pouvons acquérir la possession *corpore* et *animus*, et ajoutant que l'*animus*, à lui seul, ne suffit pas, de même que le *corpus*, à lui seul, serait insuffisant (1). C'est sur ce texte qu'on s'est spécialement appuyé pour faire de l'*animus* et du *corpus* deux éléments absolument distincts et indépendants.

Enfin nous trouvons certains cas où existent certainement la détention et la volonté de détenir et où cependant le droit romain nie qu'il y ait possession : ainsi la situation de fait, le rapport possessoire du fermier, du locataire, du commodataire, du procureur, de *missus in possessionem rei servandae causa* et enfin des personnes en puissance. Or ces cas sont précisément des hypothèses où le possesseur s'est refusé le droit de prétendre à la propriété, parce qu'il détient pour autrui. Les interprètes en ont conclu que, lorsqu'on possédait pour autrui, on était incapable d'être possesseur, précisément parce qu'on n'avait pas la volonté d'être soi-même propriétaire de la chose. Allant plus loin, ils en ont tiré ce principe que la possession juridique impliquait la possibilité de se dire propriétaire et, par suite, la prétention à la propriété ; ils ont fait alors de cette prétention à la propriété l'un des éléments essentiels de la possession. L'*animus domini* est né, non pas d'une disposition formelle de la loi, mais d'une explication donnée par les commentateurs pour justifier certains cas d'exclusion de la possession. On n'a pu expliquer ces exclusions de possession que par le défaut d'*animus domini* et on en a conclu que, dans la théorie romaine, cet *animus domini* était un élément essentiel du rapport possessoire.

1. L. 3. § 1 (41,2) Paul.

Voici donc le point de départ de la théorie de l'*animus domini*, un principe théorique imaginé par les commentateurs pour expliquer certaines exclusions de possession, principe qui a été généralisé par la suite :

Si ce principe théorique n'avait été trouvé que par les interprètes il faudrait avouer qu'il aurait, historiquement parlant, une valeur singulièrement restreinte, parce qu'enfin si ce principe a été imaginé pour justifier certaines exclusions de possession, rien ne prouve qu'au yeux des Romains ces exclusions de possession ne s'expliquent pas par des considérations purement historiques, en dehors de toute conception dogmatique.

Mais ce ne seraient pas seulement les modernes — paraît-il — qui auraient imaginé cette explication dogmatique et j'aborde ici le second point d'appui de la théorie de l'*animus domini*.

Ce principe théorique et cette explication théorique du défaut de possession, en ce qui touche les détenteurs pour autrui, n'auraient pas été imaginés seulement par les modernes, il semblerait qu'ils eussent été proposés par Paul lui-même. Il faudrait donc en conclure que les jurisconsultes romains se seraient élevés eux-mêmes à la conception d'un *animus domini* considéré comme condition de la possession.

Voici maintenant les deux textes de Paul dans lesquels on a cru voir une conception analogue à celle de l'*animus domini*.

C'est d'abord la loi 1^{re} § 20 (D. 41, 2), puis la loi 37 (D. 13, 7). Dans les deux cas il s'agit de détenteurs pour autrui, de ceux, par conséquent, auxquels le droit romain refuse la possession. Dans l'un il est question d'un mandataire, dans l'autre d'un loca-

taire et Paul se demande pourquoi ils n'ont pas la possession ; il cherche donc à donner un motif rationnel et juridique. Pour Ihering, cette exclusion de la possession devrait s'expliquer uniquement par des considérations historiques, autrement dit par des considérations de fait. Mais Paul était un juriste. A supposer que le défaut de possession du mandataire et du locataire s'expliquât à l'origine par des motifs historiques, ces motifs étaient oubliés, et Paul, comme tout bon juriste, cherchait donc de cette exclusion un motif rationnel.

Or, le motif rationnel qu'il nous donne est celui-ci : le mandataire n'acquiert pas la possession parce qu'il n'a pas l'intention d'être possesseur (1) : *quia non habeat animum possidentis*, et de même le locataire ne possédera pas parce qu'il n'a pas voulu acquérir la possession : *cum conducenti non sit animus possessionem apiscendi*.

Cela revient à dire que les détenteurs pour autrui ne possèdent pas parce qu'ils n'ont pas la volonté de posséder ; est-ce donc la même chose que de dire qu'ils n'ont pas l'*animus domini* ? Oui, aux yeux d'Ihering, et voici pourquoi : c'est que ces détenteurs, par cela seul qu'ils ont la détention, ont bien tout au moins la volonté de détenir et d'avoir la chose en leur pouvoir et cependant, malgré cette volonté déjà existante, Paul déclare qu'ils n'ont pas la volonté de posséder. Paul admet donc qu'il y a une volonté de posséder qui est différente et distincte de la volonté de détenir, et qui s'ajoute à la première

1. Il faut remarquer que les sources ne parlent que de l'*animus possidendi* ; une expression équivalente, et que Savigny a traduite par *animus domini*, se rencontre pour la première fois dans la paraphrase des *institutes* de Théophile.

de telle sorte que, pour fonder la possession, il faut un double *animus*. En d'autres termes, il reconnaît que, théoriquement, il y a une différence de fond, une différence de nature et de principe, entre détention et possession.

Mais, si les détenteurs pour autrui ont bien la volonté de détenir et qu'il leur manque la volonté de posséder, qu'est-ce donc que cette volonté de posséder, qui se distingue ainsi de la volonté d'être le détenteur de la chose.

Forcément cela ne peut pas être la volonté d'avoir la chose en son pouvoir, puisque cela, c'est la volonté même impliquée dans la détention et que, cette volonté, les détenteurs l'ont forcément, tandis que la volonté de posséder leur manque. Si donc la volonté de posséder ne peut pas être une volonté dirigée vers l'élément de fait de la détention, cela ne peut être qu'une volonté dirigée vers le droit, qu'une volonté considérée comme affirmation du droit.

Et comme, en effet, ces détenteurs possèdent en vertu d'un titre qui est exclusif de toute prétention au droit de propriété, il paraît exact de dire que, pour Paul, le défaut d'*animus possedentis* s'identifie avec le défaut d'*animus domini*.

C'est ainsi que Paul est présenté par Ihering, comme l'inventeur de l'*animus domini*. Et c'est pour avoir inventé ce dogme de l'*animus domini* que Paul reçoit toutes les foudres qu'Ihering a pu lancer contre lui.

Ainsi il n'est pas étonnant que les interprètes du droit romain et, si l'on songe à la colossale influence que le droit romain a exercée en cette matière, que la doctrine, même en dehors du droit romain, aient exigé, pour la possession, un double *animus* : un

animus, qui ne se placerait qu'au point de vue du fait, et qui serait la volonté d'exercer une certaine maîtrise sur la chose, volonté qui se retrouverait dans toute détention quelconque ; puis un *animus* qui se placerait au point de vue du droit, et qui serait la volonté d'exercer cette maîtrise de fait en vertu d'un droit de propriété, ou en affirmant l'existence d'un droit de propriété à son profit. Ce serait là l'élément spécial à la possession et qui la distinguerait de la détention.

Cette théorie a été professée de tout temps par les interprètes (1). Savigny a été le premier qui en ait fait un exposé systématique ; il a ajouté, de plus, une contribution originale. Comme certains détenteurs pour autrui tels le gagiste, le précariste et d'autres, sont déclarés, néanmoins possesseurs, Savigny a imaginé l'idée que la possession était une valeur transmissible comme tout autre droit ayant une valeur patrimoniale, et que, par suite, dans ces cas exceptionnels le possesseur originaire était censé avoir transmis sa possession au détenteur, de sorte que Savigny distinguait deux sortes de possession, une possession originaire et une possession dérivée.

Chez les glossateurs, les cas de possession sans *animus domini*, qui contredisaient leur théorie possessoire, disparurent peu à peu et il n'y eut plus d'exception à la règle qu'il faut avoir *l'animus domini* pour bénéficier de la protection possessoire (2).

1. Voir sur la théorie de *l'animus* chez les glossateurs Bruns, *Besitz im Mittel*, p. 105 et s., Meischer, § 21, p. 114-122.

2. On s'aperçoit de la gravité du vice de méthode chez les glossateurs si l'on considère qu'ils enseignaient à une époque où les circonstances sociales demandaient à étendre la possession et, par voie de conséquence, la protection possessoire au plus grand

Mais revenons à la théorie Savigny, qui a réussi à s'imposer et à devenir la théorie régnante.

Déjà bien avant Ihering, elle avait été fortement attaquée, à propos principalement de la prétendue possession dérivée, et, en vérité, elle est inacceptable. Je ne m'arrêterai pas plus longtemps, car les cas de possession dérivée ont disparu en droit français et, par conséquent, ils ne présentent plus pour nous qu'un intérêt historique.

C'est à Ihering que revient le mérite d'avoir démontré la fausseté de la doctrine traditionnelle.

Résumons aussi brièvement que possible l'augmentation de Ihering.

Les objections qu'il fait à la théorie de *l'animus domini* se tirent des conséquences, pratiquement inadmissibles, auxquelles elle devrait conduire, tant au point de vue de la procédure, qu'au point de vue du fond de droit.

1° *Au point de vue de la procédure.* — Si la clé de la question de savoir s'il y a possession ou détention se trouvait dans la direction imprimée à la volonté, il faudrait, en cas de contestation, que celui qui se prétend possesseur établisse dans sa personne l'existence de *l'animus domini*. Or, en fait, comment un juge pourrait-il sérieusement songer à exiger la preuve de *l'animus domini* pour admettre l'existence de la possession ?

Il est remarquable que certains codes modernes, qui s'en tiennent au dogme de *l'animus domini* et qui exigent pour la possession, la volonté particulière de posséder pour soi et à titre de propriétaire, prennent soin de proclamer la règle, que, jusqu'à

nombre de gens possible et ne pas les comprimer pour des motifs rationnels dans un cadre rétréci.

preuve contraire, quiconque se trouve dans un rapport possessoire est censé être un possesseur proprement dit. Cette voie a été ouverte par le Code civil français dont l'article 2230 dispose : « On est toujours présumé posséder soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre. » L'exemple du Code français a été suivi par le Code civil italien, article 687 et le Code civil japonais, article 186.

Dans la pratique du droit commun allemand, comme on s'en tenait à la doctrine de l'*animus domini* et qu'on ne pouvait invoquer une présomption analogue à celle de l'article 2230 du Code français, la question de preuve donnait lieu à d'inextricables difficultés. La pratique dressait tout un catalogue d'*actus possessorii* (bâtir, démolir, abattre du bois, cultiver, récolter, mener paître le bétail, etc.); mais ces actes de possession ne sont guère probants pour établir l'*animus domini*, car il y a là bien des actes qui peuvent être accomplis par d'autres que le propriétaire seul. Aussi était-on forcé d'avoir recours à une présomption de possession, mais il fallait toujours que cette présomption fût vérifiée en s'appuyant sur quelqu'un de ces actes de possession douteux ou équivoques, dont la preuve était faite. Certains praticiens, en désespoir de cause, allaient même jusqu'à imposer au demandeur la preuve, par serment, de l'*animus domini* ; on ne se faisait point scrupule d'imposer à un paysan un serment sur l'*animus domini*, c'est-à-dire, cet état d'âme dont les juristes eux-mêmes ne se rendaient pas un compte exact (1).

2° *Au point de vue du fond du droit.* — Si la clé

1. Ihering, *Volonté*, p. 150 et s.

de la distinction entre la possession et la détention se trouve dans la volonté, la question de savoir s'il y a possession ou détention est abandonnée à la volonté individuelle de celui qui se trouve dans le rapport possessoire : se prononce-t-il pour l'*animus domini*, il y a possession, sinon il n'y a que détention. Il dépendrait dès lors entièrement de la volonté des parties d'attacher la possession à un rapport possessoire auquel le droit n'attache que la détention, et, vice versa, d'attacher la détention à un rapport possessoire auquel le droit attache la possession : s'il dépend de la volonté qu'il y ait possession ou non, la volonté des parties doit pouvoir faire que le fermier ou locataire ait la possession, ou que l'emphytéote n'ait que la détention. Certains adeptes de la doctrine traditionnelle vont jusqu'à admettre ces conséquences du système de l'*animus domini*. La conséquence extrême de ce système, conséquence tellement choquante que nul ne songe à l'admettre, serait d'abandonner complètement la nature du rapport possessoire au pur caprice de celui qui tient la chose : celui-ci aurait, suivant la volonté du moment, tantôt la possession, tantôt la détention. Exemple : je trouve une chose que je crois pouvoir considérer comme abandonnée, j'ai l'*animus domini* ; le lendemain, j'apprend que le propriétaire l'a perdue et je me propose de la lui remettre, j'ai alors l'*animus alieno nomine detinendi* ; le surlendemain, je vais chez le propriétaire pour la lui rendre et il déclare me l'abandonner ; j'ai de nouveau l'*animus domini* ; enfin, le jour suivant, le père ou le tuteur de celui qui avait perdu la chose me fait savoir qu'il n'approuve pas cette libéralité, j'ai de nouveau l'*animus detinendi*.

On voit donc, en somme, que, dans le système de l'*animus domini*, la nature du rapport possessoire est livrée au caprice des intéressés. A cette objection, les adeptes de la doctrine traditionnelle sont acculés à répondre que, ce qui constitue l'*animus domini*, ce n'est pas la volonté que le possesseur a réellement, mais bien celle qu'il doit avoir, étant donné la relation juridique dans laquelle il se trouve ; ainsi, par exemple, le fermier et le locataire n'ont pas l'*animus domini*, quelle que soit d'ailleurs leur volonté individuelle et subjective, parce que, en leur qualité de fermier ou de locataire, ils doivent nécessairement vouloir posséder pour le *dominus possessionis*.

Formuler le système de la sorte, ce serait en réalité abandonner complètement la doctrine de l'*animus domini*, car, dès lors, le critérium de la distinction entre la possession et la détention ne serait plus dans la volonté du possesseur, mais bien dans la *causa possessionis* : l'*animus domini* serait totalement éliminé comme condition de la possession et l'élément, qui donnerait au rapport possessoire le caractère de possession proprement dite serait la *causa possessionis*.

Le juge ne pourrait admettre l'existence de la possession que si la *causa possessionis* était établie. Or, cette exigence aurait pour conséquence de laisser la possession dépourvue de protection possessoire dans les cas où il ne serait pas possible d'en établir la *causa*.

Que l'on prenne par exemple une espèce, imaginée par Ihering dans l'un de ses précédents ouvrages (1), et que voici : deux frères ont deux pro-

1. Ihering, *Schertz und Ernst in der Juriprudenz*, p. 63 et suiv.

priétés voisines : l'un quitte le pays, l'autre, ne le voyant pas revenir, cultive ses terres et les exploite. Or on ne sait pas bien au premier abord à quel titre il le fait : est-ce comme mandataire, à supposer que l'absent lui ait laissé ou envoyé une procuration ; est-ce comme gérant d'affaires, afin de ne pas laisser le domaine en friche ; serait-ce enfin comme usurpateur ? Dans l'intervalle, un tiers prétend qu'une des parcelles du domaine ainsi délaissé lui appartenait, et, sans recourir à la revendication, il en prend possession. Le frère qui avait déjà par avance pris possession du domaine intente l'interdit, mais il faut qu'il prouve sa possession, donc son *animus*. Mais comment faire ? Il n'a aucun titre qui explique sa prise de possession, il n'existe pas de *causa possessionis* ayant un caractère juridique et qui puisse faire preuve de son *animus domini*. On peut même présumer qu'il s'est emparé du domaine de l'absent à titre de gérant d'affaires, ce qui est un titre exclusif de l'*animus domini*. Bref, faute de pouvoir faire sa preuve, il perdra son procès.

Il est bien certain que si, au lieu de cela, il avait un moyen quelconque d'établir qu'il n'est qu'un voleur et un usurpateur, il aurait gagné sa cause et recouvré la parcelle qu'on lui a enlevée. Et comme, dans l'hypothèse, il n'est pas propriétaire, et que le propriétaire étant absent sans que l'on sache où il est, il n'y a personne pour agir en revendication, l'usurpateur de la parcelle dont il s'agit est assuré d'en rester le possesseur définitif.

Voilà les merveilleux résultats auxquels peut conduire la théorie de l'*animus domini*.

Le possesseur dépouillé succombe faute d'avoir pu se faire passer pour usurpateur et l'usurpateur sera

possesseur définitif, tant que le vrai propriétaire n'aura pas reparu. Dans une législation comme la législation française, qui admet la possibilité de prescrire, par trente ans tout au moins, sans juste titre ni bonne foi, cet usurpateur serait assuré ainsi d'arriver un jour à la propriété.

La théorie possessoire est donc faite pour donner gain de cause aux voleurs contre les honnêtes gens.

D'ailleurs on remarquera que, si le demandeur à l'action possessoire devait prouver le fait extérieur et la *causa possessionis*, il serait en droit romain dans la même situation que le demandeur à l'*actio publiciana*. Dès lors, à quoi bon l'action possessoire ? Le seul avantage de cette action sur la publicienne serait que la *causa possessionis* ne doit pas être *justa* et que l'action possessoire profite même au voleur et au possesseur violent. De sorte que, si le possesseur devait prouver la *causa possessionis*, il ne devrait avoir recours à la protection possessoire que si sa *causa* était *injusta* (car, si la *causa* est *justa*, il dispose de la publicienne) : l'institution de la protection possessoire n'aurait donc d'autre but et d'autre résultat que de protéger les voleurs et les brigands. A cela s'ajoute que, tout possesseur bénéficiant de la protection possessoire, si la preuve de la *causa possessionis* lui est imposée, il faudra l'admettre à prouver éventuellement qu'il a volé ou extorqué ou enlevé violemment la chose.

Après avoir montré les conséquences absurdes auxquels conduit forcément le dogme de l'*animus domini*, Ihering s'attache à fixer le rôle exact de la volonté dans la possession. Elle se résume très simplement dans les propositions suivantes (1) :

1. J'emprunte le résumé à Saleilles, *op. cit.*, IV, p. 312.

1° *L'animus* et le *corpus* en matière possessoire ne sont que les deux faces d'un même rapport de fait. *L'animus* est la volonté de faire servir la chose à ses besoins et le *corpus* est la manifestation extérieure de cette volonté elle-même. Le *corpus* n'est donc pas un simple rapport matériel, le fait d'avoir une chose en son pouvoir de fait : c'est la manifestation extérieure d'une volonté. Il n'existe donc pas sans *l'animus*, lequel est la volonté dont le *corpus* lui-même est l'expression extérieure et visible.

2° Le *corpus* possessoire, du moment qu'il provient d'une volonté consciente, suffit à réaliser la possession.

Toute possession consiste donc dans le fait extérieur de l'exploitation économique joint à la volonté de réaliser cette exploitation à son profit, et comme, bien entendu, tout fait provenant d'une personne consciente est censé voulu par elle, dès que le fait de l'exploitation économique existera, il suffira de démontrer qu'il émane d'une personne consciente et capable de volonté ; cette preuve faite, il n'y aura pas à démontrer que cette personne a voulu l'état de fait qu'elle a réalisé à son profit.

D'où cette conséquence pratique que tout fait de détention, en principe, constitue un rapport de possession.

3° La détention n'exige pas, pour se transformer en possession, un nouvel élément de volonté, qui serait la volonté de prétendre au droit de propriété et d'exercer ce rapport de détention parce que l'on prétend, ou que l'on veut être propriétaire.

D'où cette conséquence qu'il n'y a pas de différence théorique, de différence de principe, entre possession et détention.

4° Il peut se faire que certains rapports de possession, qui se confondent, dans la théorie d'Ihering, avec ce que la théorie régnante appelle la simple détention, soient dépourvus dans une législation donnée, en raison de certains intérêts pratiques, de toute protection judiciaire ; ce sont ces rapports possessoires ainsi dénués de protection judiciaire auxquels on peut, pour les distinguer des autres, réserver le mot de détention. Mais l'expression de détention n'indique plus, dans cette terminologie, un rapport juridique différent, au point de vue des principes, de la possession elle-même ; elle indique une véritable possession à laquelle le législateur a enlevé quelques-uns de ses effets ordinaires.

C'est ainsi que le droit romain, pour des motifs d'ordre pratique ou par suite de circonstances sociales, avait enlevé les interdits à la possession des fils de famille, à celle des fermiers, des locataires, commodataires, dépositaires, mandataires, et autres de ce genre.

Ihering explique de la manière suivante pourquoi, en droit romain, ces personnes n'ont pas été mises à même de défendre leur possession en justice. Il conjecture que toutes ces personnes étaient dans un rapport de dépendance vis-à-vis du propriétaire. Comme il ne pouvait pas se faire que deux personnes à la fois eussent la possession d'une même chose (1), il fallait choisir et donner les interdits

1. *Plus eodem rem in solidum possidere non possunt*, l. 3, § 5, D. 41. 2 ; dans ce texte, le caractère exclusif de la possession est déduit de la nature même des choses : Labéon et Paul se placent sur le terrain de la conception primitive et originaire de la possession ; ils envisagent la possession comme le pouvoir physique sur la chose ; et ils en déduisent forcément la conséquence qu'il est matériellement impossible que ce pouvoir physique soit simul-

à l'une ou à l'autre ; ou au propriétaire qui n'a pas la chose en mains, ou au possesseur qui la détient matériellement ; ordonner les interdits au détenteur, c'est le rendre indépendant du propriétaire, puisque c'est lui donner le moyen de défendre sa possession au besoin contre le propriétaire lui-même ; ainsi la situation sociale de ces personnes condamnait leur possession à n'être qu'un rapport de détention.

Ce sont ces rapports de possession dépourvus de protection en justice que l'on peut ranger sous le nom de détention.

La détention, c'est donc la possession à laquelle le législateur a enlevé les interdits : nous dirions, aujourd'hui, à laquelle la loi a enlevé les actions possessoires.

Pour savoir s'il y a possession ou détention, il ne s'agira pas d'une question d'intention, mais il faudra se rapporter à la cause du rapport possessoire de l'acte juridique dont procède le rapport possessoire : si cet acte juridique implique la détention, il y aura détention, sans qu'il y ait à s'enquérir de la volonté particulière de celui qui possède.

5° Puisque la détention est une exception légale, puisqu'elle n'est qu'un rapport de possession auquel la loi a enlevé ses effets normaux, la détention ne

tanément à plusieurs à la fois sur le tout. Mais, quand les Romains se furent affranchis de cette conception purement matérielle de la possession, la règle *plus eodem rem in solidem possidere non possunt*, ne se déduisit plus nécessairement de la notion même de la possession ; il n'y avait plus obstacle matériel à ce qu'on admît l'existence simultanée de plusieurs possessions sur une même chose pour le tout. De là la possibilité des opinions de divergentes de Sabinus et de Trébatius à ce sujet (Cornil, *Poss.*, p. 107). Néanmoins les Romains n'ont pas réussi à s'affranchir du principe de l'impossibilité de la pluralité des possessions simultanées.

se présume pas et c'est au défendeur à en faire la preuve.

Le demandeur n'a qu'une chose à prouver : le corpus, c'est à son adversaire à établir qu'il n'a pas droit aux interdits parce que le rapport de possession qu'il invoque serait un de ceux auxquels la loi a enlevé le bénéfice des interdits.

On peut donc définir la possession : tout rapport extérieur semblable à celui qui existe normalement entre le propriétaire et sa chose, pourvu que ce rapport extérieur soit voulu, qu'il soit l'expression de la volonté du possesseur.

Tel est l'ensemble de la théorie nouvelle d'Ihering.

Que devons-nous conclure de cette différence de points de vue ? En définitif ne serait-ce qu'une question de mots, puisque Ihering admet, lui aussi, qu'il y a des hypothèses de contact matériel avec la chose, ou le détenteur, ayant la chose en mains, pourrait en faire ce que bon lui semble et où cependant ce détenteur n'a pas la protection possessoire ! Cependant la différence est grande entre les deux théories ; dans la théorie de Savigny, pour déterminer, quand on doit accorder la protection possessoire et au contraire dans quels cas on doit la refuser, on a recours à un élément supplémentaire, en dehors du pouvoir de fait, et en l'absence duquel l'effet n'est pas attaché au pouvoir de fait ; dans la théorie de Ihering, au contraire, dès qu'il y a pouvoir de fait l'effet en est reconnu et, pour l'empêcher, il faut une disposition de la loi ; pour discerner si l'on se trouve dans l'une des hypothèses de la loi, on doit se rapporter à l'acte juridique dont procède la possession. Afin de montrer l'opposition qui existe entre les deux systèmes,

Ihering emploie une formule algébrique. Il désigne la possession par x , la détention par y , le corpus par c , l'animus commun à tout rapport possessoire par a ; l'élément qui, d'après Savigny, doit s'ajouter à cet animus par α , enfin la disposition de la loi qui, d'après lui, fait obstacle à la possession dans certains rapports possessoirs, par n .

D'après cela la formule de la théorie de Ihering serait :

$$\begin{aligned}x &= a + c \\y &= a + c - n\end{aligned}$$

tandis que la formule de Savigny serait :

$$\begin{aligned}x &= a + c + \alpha \\y &= a + c.\end{aligned}$$

L'alpha de la formule de Savigny peut être envisagé d'abord comme *animus domini* concret ; Ihering a démontré, qu'il est impossible, pour la sécurité des relations juridiques, de faire dépendre la possession de la volonté arbitraire du possesseur ; il en serait de même quelle que soit l'ampleur de cette volonté, volonté d'être propriétaire ou de vouloir exercer simplement le pouvoir pour son propre compte (1). On peut en outre envisager cet animus, comme la volonté légale, présumée, ressortant du titre juridique dont procède la possession : mais même ainsi considéré, étant donné les résultats absurdes auxquels conduirait la nécessité de la preuve de ce second élément en l'absence d'une présomption au bénéfice du détenteur de l'existence de ce

1. Ainsi le Code japonais a le tort de dire : « la possession s'acquiert par la détention de la chose, avec l'intention de l'exercer dans son propre intérêt » (art. 180).

second élément, il serait néanmoins inadmissible (1).

Par contre, ce second élément, objectif, deviendrait pratiquement admissible, dès qu'il y aurait une semblable présomption.

L'intensité de la volonté nécessaire, ou, ce qui revient au même, la question de savoir à quels titres il faudra exercer le pouvoir de fait pour posséder, sera déterminée alors par le fondement qu'on assignera aux divers effets de la possession.

S'agira-t-il de l'usucapion, il faudra que le titre ne soit pas exclusif de propriété; s'agira-t-il de la protection possessoire, il faudra que la loi énumère à quels titres on doit exercer le pouvoir de fait pour mériter la protection possessoire (2).

La doctrine traditionnelle voulait que, même en vue de la protection possessoire, on possédât exclusivement à titre de propriétaire, mais les faits ont été plus forts et ils ont brisé ce cercle trop étroit (3).

C'est en cela que la doctrine traditionnelle a eu le plus grand tort. Pour expliquer certains effets de la possession, divers auteurs ont émis une opinion personnelle; la valeur de cette opinion est exactement la même que le procédé d'une partie de la doctrine française, qui explique les effets de la stipulation

1. Ainsi, en droit roumain, où une pareille présomption faisait défaut.

2. Ainsi Code civil néerlandais (1838) : « l'action en maintenue a lieu, en cas de trouble dans la possession (qui est la détention d'une chose, que nous tenons en notre puissance comme à nous appartenante, art. 585) d'un fonds de terre, d'une maison ou bâtiment, d'un droit réel (art. 606) et enfin art. 608 : « elle n'a pas lieu en matière de servitude, à moins qu'il ne s'agisse de la possession d'une servitude continue et apparente. »

3. L'exemple le plus frappant est la résurrection de force de la réintégration par la jurisprudence française.

pour autrui par l'existence d'une gestion d'affaire de la part du stipulant ; ce raisonnement ne peut valoir que comme une explication personnelle à ces auteurs et, comme tel il prête le flanc à la critique ; mais, de là, on ne peut pas induire que ce soit une nécessité dogmatique qu'il y ait une gestion d'affaires, pour que la stipulation pour autrui produise des effets et encore moins peut-on arriver à attacher à la stipulation pour autrui des conséquences, que la loi n'y attache pas, par exemple, en l'état actuel des articles 1121 et suivants du Code civil, faire restituer au stipulant les dépenses (par exemple le paiement de la prime d'assurance) qu'il aurait fait. Voilà ce qu'il faut penser de la valeur de la théorie traditionnelle de l'*animus domini* et, dans une législation comme la législation romaine, ou comme la législation française, où la loi ne pose pas comme principe que, pour posséder, il faut agir à titre de propriétaire, on ne peut la considérer que comme une explication personnelle aux auteurs qui l'enseignent et on doit la rejeter dès qu'elle irait à l'encontre des buts de la société (1), ou dès qu'elle conduirait à des résultats contraires à la loi (2), ce qui est le cas.

Le but de police exige au moins d'étendre la sphère des titres qui donnent droit à la protection possessoire, en y faisant entrer tous les titres, qui ne sont exclusifs d'un pouvoir indépendant sur la chose. Par ce procédé tout le monde aurait satisfaction ! Mais,

1. Je crois avoir démontré au chapitre sur le fondement de la protection possessoire, qu'il était inadmissible de ne protéger que ceux qui prétendent à la propriété.

2. Ainsi en droit romain la théorie de l'*animus domini* aurait conduit à supprimer la possession du créancier gagiste, quoique l'édit la lui reconnaisse expressément.

ainsi réduit, et, par-dessus le marché étant présumé, ce second élément persiste-t-il à être véritablement un des éléments de la possession ?

Puisqu'il est présumé, il cesse d'être un élément distinct du *corpus*, car, dès que celui-ci existe, il y a lieu à la protection possessoire et aussi longtemps que l'adversaire n'aura pas prouvé que le titre de l'entrée en possession est un des titres qui motivent l'exclusion de la protection (le *n* de la formule de Ihering), tant qu'il ne peut l'établir, la détention ne serait pas moins en fait une possession.

Il est indubitable, qu'on doit renoncer à une distinction de principe, à l'existence d'un élément indépendant supplémentaire, qui, se rajoutant au *corpus*, fasse de la détention une possession ;

Que faut-il penser de la théorie d'Ihering ; puisque la théorie traditionnelle est insoutenable serait-ce la théorie par laquelle Ihering propose de le remplacer qui serait satisfaisante ?

La formule de la possession, qui se ramènerait au *corpus* voulu ($a + c$), quoique exacte en principe, comporte deux remarques :

Je ferai remarquer, d'abord, la contradiction qu'il y a entre les trois parties de la théorie possessoire de ce jurisconsulte. Quand il étudie le fondement de la protection possessoire et le *corpus*, il fait prédominer le droit : on protège indirectement le droit de propriété, donc il y aura possession là où la possession fera présumer la propriété, donc là où elle se manifestera comme l'exercice extérieure de la propriété. Dans sa troisième partie, sur l'*animus*, il fait volte face et il exige une volonté dirigée uniquement vers le fait ; il se mettra exclusivement, exclusivité portée jusqu'à la dernière limite, — sur le ter-

rain des faits. Or, en toute logique, si l'on applique *l'animus* exclusivement au *corpus*, et si l'on soutient que le *corpus* consiste à se comporter vis-à-vis de la chose comme se comporterait un propriétaire, alors *l'animus* ne pourrait être que la volonté de se comporter, comme le ferait un propriétaire ; mais il me semble bien que cela revient à dire que *l'animus* consiste à vouloir être propriétaire, ce qui ne serait, en définitive, que le point de vue de Savigny ! Pour ne pas arriver à ce résultat, il faudrait exclure de la définition du *corpus* l'analogie avec le droit de propriété et se placer exclusivement sur le terrain des manifestations économiques. C'est d'ailleurs pour ce motif que je disais, dans le chapitre précédent, que, — même si l'on s'en tenait pour le *corpus* à la situation instantanée, sans se préoccuper des circonstances dans lesquelles on a acquis la possession, — de sorte que, la possession étant ainsi envisagée, les manifestations, qui indiquent l'exploitant économique d'une chose seraient identiques aux faits qui révèlent le propriétaire (la manière de se comporter d'un fermier, par exemple, étant identique à celle d'un propriétaire), — il est cependant dangereux d'établir une dépendance doctrinale du *corpus* possessoire vis-à-vis de la notion de la propriété.

Ihering n'a pu supprimer l'allusion au droit de propriété, à cause du fondement qu'il donnait à la protection possessoire. Mais rien ne nous empêche de le faire ; tout au contraire, le fondement de la protection possessoire nous force même à remplacer, pour le *corpus*, l'exercice extérieur de la propriété, par les faits qui indiquent le maître économique de la chose ; en modifiant la formule d'Ihering, le *corpus* (qui se confond avec la possession) ne serait quel'en-

semble des faits voulus par le bénéficiaire du rapport de fait, qui indiquent le maître de fait.

La seconde remarque, que j'annonçais, concerne la recherche de la mesure dans laquelle cette volonté doit réellement exister : je l'ajourne pour le moment.

Envisageons d'un peu plus près le *n* de la formule d'Ihering, c'est-à-dire les cas où la loi, pour des motifs pratiques, enlève au possesseur la protection de sa possession. Je rappellerai que, pour voir si l'on est dans un de ces cas, on doit se référer au titre d'entrée en possession.

Les motifs pratiques se réduisent, d'après Ihering lui-même, à l'absence d'un pouvoir indépendant sur la chose.

Le défaut d'indépendance, qui se caractérise par cela que le détenteur est obligé de s'en remettre, quant à la chose, aux instructions d'autrui, ce ne peut être, dans notre civilisation, qu'à raison d'une relation juridique, vraisemblablement de caractère contractuel, qui détermine et qui fixe sa situation vis-à-vis de la chose. Alors, pour apprécier ce qu'est la situation extérieure, qui exprime le rapport d'un individu avec une chose, on remontera au titre juridique initial, lequel, il faut le remarquer, reste inconnu du public.

Pour déterminer les hypothèses dans lesquelles l'indépendance du pouvoir fait défaut, la loi peut procéder de deux manières :

D'abord en énumérant les titres, qui sont exclusifs d'un pouvoir indépendant.

C'est le système du droit romain, qu'Ihering devait forcément adopter, et qui énumère distinctement les fermiers, les locataires, etc., comme n'étant pas des possesseurs.

Tout en n'étant pas absurde, ce procédé n'est pas pratique. Le mécanisme législatif travaille assez lentement et jamais une énumération ne s'adaptera instantanément à l'ensemble des situations où il n'y a qu'un pouvoir subordonné. Le triage fait dans la loi même serait encore une source de nombreuses difficultés à cause de l'énorme multiplicité des contrats, d'autant plus qu'un même contrat peut comporter, dans certains cas, indépendance dans le pouvoir et, dans d'autres cas au contraire, obligation de s'en remettre aux instructions d'autrui. Ainsi le dépôt fera tantôt des possesseurs, considérés comme indépendants, tantôt de simples gérants de possession.

En principe, les dépositaires sont des possesseurs, car s'ils sont soumis aux instructions et réquisitions du propriétaire de la chose, ils ne sont tenus cependant à restitution (du moins en général), que conformément aux conditions de leur contrat; et, pas plus vis-à-vis d'eux que vis-à-vis d'un emphytéote, le propriétaire ne devrait avoir le droit de se faire restituer violemment la chose remise, ou s'en emparer de vive force, par voie de violation de domicile par exemple (1). Mais il en est autrement dans l'exemple suivant de dépôt tacite. Des amis, en visite chez autrui, déposent leurs caoutchoucs dans le vestibule. La personne qui les reçoit en a le dépôt tacite et,

1. Saleilles, *Poss. des meubles*, p. 8.

Les considérations qui vont suivre sont d'un intérêt pratique médiocre pour le droit français, car la protection possessoire n'y a été organisée, que pour la possession des immeubles; néanmoins le motif de cette restriction n'est pas d'ordre dogmatique mais purement pratique (le peu de valeur des meubles, motif vraiment discutable; voir l'exposé de motifs de Bigot Préameneu, Locré, t. XVI, p. 586).

d'ordinaire, le dépôt confère la possession. Mais il s'agit ici d'un dépôt particulier, qui ne donne en aucune façon le droit, d'après les intentions réciproques (1) des parties, de prendre les dispositions et aménagements, qui pourraient agréer au dépositaire au sujet de ces vêtements. Il lui manque un pouvoir de fait suffisamment indépendant; il ne devrait être qu'un détenteur.

Donc il faut donner une formule plus malléable et dire : la protection possessoire est refusée dans les situations, qui sont exclusives d'un pouvoir indépendant.

L'absence d'indépendance ressortira du titre d'où procède la possession et pour que le caractère du pouvoir change, la disparition de la dépendance doit se produire par des faits extérieurs d'une signification indiscutable; à l'avenir la possession sera considérée procéder de ces derniers.

Il se peut donc, que dans certains cas, quoique un pouvoir de fait existe, ce pouvoir soit vicié, étant un pouvoir subordonné. Ce vice empêche, qu'on y rattache les effets normaux.

1. Cosack (*Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, p. 68), qui cite cet exemple, attribue l'exclusion de la possession dans cette variété de dépôt au défaut de l'*animus possidendi*. C'est une analyse fautive, car, dans cet exemple aussi, ce n'est pas l'intention subjective qui compte : les intentions des parties ne pourraient créer une possession que si elles modifient dans sa manifestation matérielle même le rapport de droit, qui règle leur situation. Ainsi il faudrait que des amis me confient ces objets pour les enfermer et que je l'aie fait, pour qu'on puisse dire que je suis devenu possesseur. On pourrait tout au plus dire, que c'est une question d'*animus* purement fictif et présumé, qui m'est attribué ici par l'opinion courante, en se basant sur les circonstances matérielles, d'après les usages reçus (cf. Crome, *System bürgerl. Recht*. III, § 344, p. 27 et s.).

Ainsi donc la protection possessoire a en vue des pouvoirs de fait non viciés, donc des pouvoirs indépendants ; ce qui revient à dire qu'elle a en vue la maîtrise de fait.

Il ne faudrait pas objecter, qu'on fait par cela ressusciter, avec toutes les conséquences absurdes quant à la preuve, le second élément indépendant, ou la condition d'indépendance du pouvoir, car l'idée d'indépendance n'intervient que dans une fonction négative, elle ne fera que vicier la possession là où elle n'existe pas. Pour la collectivité, qui seule compte, et qui ignore le titre juridique initial de l'entrée en possession, tout pouvoir de fait compte comme une maîtrise. C'est au défendeur à renverser cette apparence immédiate et à démontrer que le pouvoir est vicié, parce que le titre initial est exclusif d'un pouvoir indépendant.

Quel est donc le rôle de la volonté ; serait-ce elle qui déterminera s'il y a possession ou détention ? Je crois avoir tranché la question par la négative. Mais ne serait-ce pas tout au moins elle qui déterminera s'il y a possession ou simple rapport de juxtaposition locale ? C'est la formule de Ihering : la possession consiste en un ensemble de faits, mais de faits voulus ($a + c$).

En thèse générale il faut, au cas d'acquisition initiale de la possession, une volonté possessoire, parce que la possession est une maîtrise et c'est la volonté qui révèle cette maîtrise du possesseur. Je me borne à rappeler l'exemple d'un passant qui dépose une chose dans la main d'un homme endormi ; en outre si l'on suppose un enfant en bas âge, qui s'empare d'un objet, un malade en délire qui prend le trousseau de son médecin, un fou furieux qui s'installe

dans une maison sans vouloir en sortir, dans aucune de ces hypothèses il n'y aura possession, car, pour qu'il y ait possession, il faut qu'il s'agisse d'une volonté capable de savoir ce qu'elle veut ; il faut, non pas sans doute exiger la capacité juridique, mais tout au moins avoir la capacité de fait (1). La volonté d'un enfant en bas âge ou celle d'un fou non seulement est une volonté qui ne compte pas au point de vue du droit, mais c'est une volonté qui ne compte pas davantage au point de vue psychologique. Or, lorsque la volonté n'est pas raisonnée, personne n'en tient compte pour attribuer à celui qui la manifeste une maîtrise qui ait une valeur juridique.

Néanmoins le rapport de domination extérieure de la chose, une fois constitué et acquis, se conserve au point de vue objectif, en dehors de la conscience qu'on peut en avoir ; il ne se perd pas par la disparition de la volonté et de la capacité. Il faudrait une dépossession, pour que la collectivité considère qu'à l'avenir la chose dépendra d'un autre.

Il n'est pas nécessaire que le possesseur ait conscience de l'appréhension elle-même, au moment où elle a lieu ; il suffirait que cette volonté soit simplement présumée (2)

Ce sera le cas, dans toutes les hypothèses d'acquisition par l'intermédiaire d'autrui ; le mandant étant censé avoir voulu acquérir tout ce qui lui serait acquis par cet intermédiaire, la possession lui sera procurée même à son insu. Il en sera ainsi, non seulement d'une chose spéciale, qu'il aura désignée

1. Saleilles, *Possession des meubles*, p. 30.

2. Gierke, *Fahrnisbesitz* Kap. I, p. 4 ; *Deuthtes Privat Recht*, II, § 125 ; Kress, *Besitz und Recht*, p. 118 et suiv. ; Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, p. 60 et suiv.

en donnant mandat de l'acquérir, mais dans tous les cas de mandat général, alors même que le mandant n'a pas pu savoir par avance sur quoi porteraient les acquisitions faites en son nom.

Il en est de même dans les hypothèses d'appréhension par le fait des choses, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu aménagement matériel en vue de certaines prises de possession ; par exemple une boîte à lettre pour recevoir le courrier, un piège disposé pour prendre des bêtes. Ce sont là des instruments matériels d'appréhension, qui font acquérir la possession à celui qui les a placés, sans qu'il soit besoin que celui-ci ait connaissance de l'appréhension de la chose : il a eu une volonté préalable qui suffit, à défaut de toute prévision individuelle, portant sur tels objets en particulier.

Il en est de même dans la plupart des hypothèses, de celles que l'on désigne sous le nom de *custodia*, c'est-à-dire ce que l'on pourrait appeler l'*empire domestique du maître*, la sphère matérielle et spatiale dans laquelle s'exerce son contrôle, sa surveillance et son pouvoir de domination (1). En principe, il a, par le fait même, la possession de tout ce qui est ainsi placé chez lui, même de ce qui lui advient à son insu, par exemple la livraison d'une chose qu'il attendait, mais dont il a ignoré l'arrivée. Il en sera de même des choses qu'il reçoit en son absence, encore qu'il n'en ait pas prévu l'éventualité, pourvu que l'on puisse présumer la volonté générale, de sa part, de recevoir, ne fût-ce même qu'à titre de dépôt provisoire, les choses qui lui seraient apportées et qu'il n'aurait pas refusées par avance.

1. Saleilles, *Possession des Meubles*, p. 32.

Voilà la limite extrême qu'on pourrait donner à la volonté présumée. Donc, même en recourant à l'idée de *custodia*, toutes les fois, que c'est un pur accident, qui viendrait mettre l'objet en contact matériel avec le fonds d'autrui, lorsque, par exemple, un animal domestique échappé de chez son maître va chez le voisin, ou que le chapeau d'un passant, aura été transporté par un coup de vent de l'autre côté de la haie d'une propriété voisine, ou enfin lorsque c'est un voleur, qui dépose la chose volée sous le couvert possessoire d'autrui, il sera impossible d'attribuer, ne fût-ce qu'à titre de présomption, à celui qui a désormais, à son insu, et par suite de ce procédé insolite, la chose sous sa garde, l'intention d'accepter le dépôt provisoire.

Je ferai remarquer que, même en dehors des recherches sur la volonté, ce sont les usages mêmes, les opinions en cours et toutes les conceptions ambiantes, qui se refusent à faire de ce détenteur malgré lui le maître effectif de la chose. Pour qu'il y ait, au point de vue extérieur, comme un rapport d'utilisation de la chose par l'individu et par suite comme une consécration collective de l'appropriation économique qui lui est attribuée, il faut, tout au moins, que la relation, qui met la chose sous sa dépendance, ait été objectivement organisée et aménagée, de telle sorte, que la chose ne puisse plus avoir d'autre maître apparent, que celui auquel elle se rattache extérieurement. Il faut que le rapport qui la relie à ce dernier, soit tel que, si le droit ne le consacrait pas, il n'y aurait plus qu'à déclarer la chose vacante et abandonnée.

Il reste une hypothèse intermédiaire : une maîtrise organisée, aménagée, mais à l'insu de celui qui va

l'exercer. Il s'agit, par exemple, d'un commerçant qui a l'habitude de recevoir des marchandises dans ses magasins ; en son absence, on lui apporte des objets mobiliers, qu'il n'a pas commandés, mais que, tout au contraire, il a refusés d'avance. Pour l'opinion ambiante, représentative des usages en cours, cette livraison a les mêmes caractères extérieurs qu'une livraison qu'il aurait demandée et attendue ; cependant, il est impossible de présumer dans ce cas la volonté d'accepter le dépôt de ces marchandises.

Sur ce terrain ainsi limité, il faudra se déclarer pour une théorie purement objective et accepter dans ces hypothèses la possession (1) ; ou au contraire considérer que, dans la notion de la possession, la volonté persiste en tant qu'élément formel, en l'absence duquel il n'y aurait qu'un rapport de simple juxtaposition locale et par conséquent on refusera dans ces hypothèses la possession (2).

Je crois qu'il faut opter pour une théorie purement objective, car, si c'est en vue de l'ordre social qu'on accorde la protection possessoire, alors il faudra considérer que, dans ces hypothèses, il y a possession.

Il est inadmissible, en pareil cas, de déclarer la chose sans possesseur, sous le prétexte que le destinataire n'aurait pas consenti à recevoir livraison. En fait il l'a reçue et cela suffit. Maintenir la possession à l'expéditeur serait plus contraire encore au

1. Saleilles, *Pos. des meubles*, p. 44 ; Strohal, *Sachbesitz* dans *Iherings Jahrbücher*, t. 38, p. 30 et s. ; Planck, *Kommentar zum bürgerlichem Gesetzbuch* sous § 854. 2.

2. Gierke, *Fahnisbesitz*, p. 4. K. I. et *Deutsch. Priv. Recht*, II, § 115 ; Endemann, *Lehrbuch des bürgerl. Recht* (t. II, § 37) ; Kress, *Besitz und Recht*, p. 118 et s. ; Cornil, *Posses.*, p. 87.

dogme de la volonté, que de l'accorder au destinataire, qui l'a refusée. « Il n'est pas excessif », dit Saleilles (1), « d'attribuer au destinataire la possession qui lui donne droit à défendre la chose livrée même contre celui qui la lui a livrée. Il suffira de réfléchir à ce fait que, s'il prétend se prévaloir de ces moyens de défense, c'est qu'il consent à être possesseur ; ce qui réalise, même au regard des partisans de la théorie subjective, l'élément intentionnel, qui lui faisait défaut. D'autre part, à supposer que l'ancien possesseur ait repris la chose livrée par voie de fait illicite, avant que l'autre partie ait eu connaissance de la livraison, on ne voit pas pourquoi, puisqu'il avait consenti à abdiquer sa possession sans autre condition, il la reprendrait par un procédé incorrect et irrégulier ».

Je crois qu'il y a même une raison théorique, qui indique qu'il ne faut pas faire de la volonté un élément formel de la possession.

Le but d'ordre public de la protection possessoire implique le désir de consacrer juridiquement la répartition de fait, telle qu'elle apparaît à la collectivité. Celle-ci constatera, dans une hypothèse donnée, que la chose se trouve d'après toute probabilité sous la domination d'un tel et elle se gardera de changer arbitrairement l'ordre apparent des choses ; elle n'ira donc pas rechercher si ce maître apparent est consentant ou non ; il sera considéré comme tel, tant qu'il n'aura rien changé dans la matérialité des choses pour indiquer extérieurement qu'il s'oppose à être considéré comme le maître de fait de la chose ; la collectivité, dans son désir d'ordre, et en vue d'em-

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 65.

pêcher que des gens incorrects viennent changer arbitrairement, en dépit des coutumes, l'ordre apparent de la répartition de fait, accordera ici les actions possessoires.

Dans ces conditions, la volonté du possesseur pourra intervenir, et ce sera le plus souvent le cas, pour révéler la répartition de fait, mais il n'est pas dit qu'elle doive inévitablement intervenir. Il ne s'agit pas de savoir, en se plaçant à un point de vue individualiste, ce que veut et ce que pense le bénéficiaire de cette relation matérielle et apparente, mais il faut rechercher ce qu'en pense la collectivité, dont il est membre.

Ainsi je crois qu'il est préférable de ne faire entrer dans la définition de la possession aucune allusion à un *animus* quel qu'il soit et de laisser au juge toute liberté d'appréciation au sujet de la mesure dans laquelle il devra exister.

On aurait ainsi l'avantage de couper court à toute discussion oiseuse relativement à l'acquisition de la possession par les personnes dépourvues de volonté et à l'acquisition de la possession des choses parvenues sans notre coopération dans la sphère de notre pouvoir (1).

1. Ce sont les conséquences, que le législateur allemand a eues en vue, quand il s'est refusé de faire toute allusion à la volonté (Protocole, IV, p. 30).

Le Code civil suisse ne fait aucune allusion lui non plus à la volonté; mais la suppression de la volonté comme élément formel a été niée par Cornil (*Poss.*, p. 88, notes) en se basant sur certains passages de l'exposé de motifs (III, 1902, p. 290 et 299) rédigé par le rédacteur du code, le professeur Huber. En réalité Huber ne fait que supposer qu'il serait impossible de trouver des cas où la collectivité voit une maîtrise sans qu'il y ait une volonté adéquate; mais ce ne peut être qu'une opinion personnelle et

alors, d'après son système même, ce sera au juge à discerner si en réalité de pareilles hypothèses peuvent se rencontrer.

Le Code civil japonais (1896), venu sous ce rapport un peu trop tôt au monde, définit encore la possession : « la possession s'acquiert par la détention, avec *l'intention* de l'exercer dans son propre intérêt. » *Idem*, Code civil espagnol (art. 430), italien (art. 686), néerlandais (art. 585), autrichien (art. 309).

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Je rappellerai les conclusions auxquelles j'arrivais au chapitre sur les fonctions juridiques de la possession ; je disais, qu'on devait, au point de vue de la technique juridique, distinguer deux fonctions : dans une première d'être la notion auxiliaire d'une autre institution juridique et principalement de la propriété, et, dans une seconde, d'être la notion propre à une institution indépendante (sous le rapport de la protection possessoire).

J'espère en outre avoir montré, que cette distinction n'avait pas une raison d'être uniquement au point de vue de la technique, mais que le fondement de l'institution indépendante, la possession protégée en vue de l'ordre social, faisait que les sphères des deux notions ne se couvrent pas, la sphère de la seconde devant être beaucoup plus large, ce fondement impliquant de protéger provisoirement les situations de fait, qui correspondent à l'exercice de fait sur une chose d'un droit quelconque (même des droits personnels, considérés dans le pouvoir indirect, qu'ils en attribuent sur les choses, ainsi la faculté pour le fermier d'exploiter la ferme prise à bail) et non pas uniquement à l'exercice du fait de la propriété.

Enfin l'étude des éléments constitutifs de la possession m'incite à proposer la définition suivante, définition autant évocative qu'exacte de la posses-

sion, considérée dans sa fonction de notion propre à l'institution indépendante, c'est-à-dire de la situation de fait, que j'appelais situation brute et que je peux appeler à présent situation de fait économique, sans risquer de porter le flanc à des malentendus, et qui demande à s'imposer provisoirement : *la possession est le rapport extérieur entre une personne et une chose, consistant en un ensemble de faits, qui font apparaître à la collectivité ce rapport comme la maîtrise de fait sur la chose* (1).

Cette définition tient compte des conclusions, que j'osais au chapitre sur le fondement de la protection possessoire, quant aux conditions qu'une définition de la possession doit remplir, à savoir : d'abord celle-ci ne doit comporter aucune allusion à l'exercice matériel d'un droit pris dans sa structure législative ; ensuite, par la définition doivent être écartées les situations de fait, qui ne révèlent pas un pouvoir indépendant et elles seules et, en troisième lieu, que, pour déterminer les hypothèses inclusives de possession, il ne faut pas se placer à un point de vue individualiste, mais qu'au contraire on doit considérer les faits en tant que faits sociaux, par conséquent en se demandant en première ligne, que pense la collectivité de ces faits et, subsidiairement seulement, rechercher le point de vue du possesseur.

Dans sa première fonction indiquée, c'est-à-dire notion auxiliaire d'une autre institution juridique,

1. Voir pour les diverses définitions de la possession des auteurs allemands Stintzing, *Zur Besitzlehre*, p. 18.

La définition que je propose n'est qu'une modification de la définition de Goldschmidt (*Grundlagen*, p. 369 : « *ein Machtverhältnis, welches dem Gemeindebewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint.* »

l'état de fait apparaît sous l'aspect de la répartition de fait juridique, qui est différente de la répartition de fait économique.

Elle intervient à l'occasion des dispositions de la loi, qui transforment l'état de fait en état de droit ou impliquent de présumer comme tel le premier, par conséquent qui attribuent le droit ou font présumer en lui le titulaire à celui, qui en accomplit déjà depuis longtemps les manifestations extérieures.

C'est donc à une situation de fait, colorée de l'exercice de fait d'un droit, qu'il faudra envisager toutes les fois, que la possession servira de notion auxiliaire d'une autre institution juridique.

Alors la définition que j'en propose, identique à la première sous le bénéfice d'une modification nécessaire pour indiquer, que l'on se place sur le terrain de la répartition de fait juridique, est la suivante : « la possession est le rapport extérieur entre une personne et une chose, consistant en un ensemble de faits, qui font apparaître à la collectivité ce rapport, comme l'exercice de fait d'un droit déterminé sur la chose (1). »

L'exposé des éléments constitutifs de la possession que j'ai fait en me rapportant presque exclusivement à la possession en tant que situation de fait économique est tout aussi exact et précisera de la même manière la notion de la possession en tant que notion auxiliaire. Ainsi comme les manifestations extérieures ne suffisent pas, je l'ai d'ailleurs montré, pour indiquer à l'exercice apparent de quel droit en particu-

1. Le Code civil allemand arrive à cette dualité d'une autre manière : il fait à l'Eigenbesitz une situation à part, § 872 : « celui qui possède une chose comme lui appartenant est possesseur en nom propre. »

lier ces manifestations correspondraient, puisque par exemple il n'y a aucune différence visible entre l'exploitation d'une terre faite par le propriétaire lui-même ou par un simple fermier, pour qualifier la possession il faudra forcément se rapporter aux éléments juridiques du corpus possessoire et notamment au titre dont procède la possession.

Ainsi pour usucaper, la propriété d'une chose il faut un ensemble de faits, qui révèlent l'exercice de fait de la propriété, et notamment, que le titre d'où procède cette situation ne soit pas exclusif de propriété, car si de ce titre il ressortait, que le possesseur reconnaît, que c'est un autre, qui en est propriétaire, il ne pourra apparaître comme propriétaire et par conséquent si on lui attribuait la propriété de la chose ce ne serait nullement l'état de fait, qui serait transformé en état de droit.

Il est bien entendu, que pour commencer à usucaper il devrait refuser de reconnaître à l'avenir, que c'est un autre, qui en est propriétaire ; mais dans une conception objective de la possession ce changement doit se traduire par des faits extérieurs d'une signification indiscutable (1).

* * *

Jusqu'à présent je me suis abstenu, de parti pris, de m'occuper des dispositions de la loi française ; j'ai préféré achever auparavant l'exposé de la question, ayant autrement peur de causer des malen-

1. Ainsi art. 2238 C. civ. « Néanmoins les détenteurs peuvent prescrire si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'ils ont opposée aux droits du propriétaire. »

tendus ; il est temps à présent de se demander sur quels points la loi française est en accord ou désaccord avec les idées exposées.

La doctrine française dans la presque unanimité (1) adopte la théorie traditionnelle : la possession comporterait un élément matériel le *corpus* et un élément intellectuel, distinct du premier ; l'intention d'exercer sur la chose un droit réel (2) et plus spécialement, le droit de propriété.

Mais elle ne se contente pas de la défendre ; elle enseigne en plus, chose bien plus grave, que cette théorie serait imposée par la loi elle-même, qui dans l'article 2236 du Code civil : « ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de de temps que ce soit ; ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et, tous autres, qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent la prescrire », ne ferait, que déduire une simple conséquence de cette règle, que les détenteurs à titre précaire sans *animus domini*, ne sont pas possesseurs, et qu'il faut leur enlever non seulement cet avantage refusé par l'article 2236, mais en général tout avantage attaché à la possession.

Contre cette doctrine il y a à dire, que les rédacteurs du Code tout en étant imbus, n'ont pas con-

1. Font exception MM. Colin et Capitant, *Cours de droit civil français*, t. I, 3^e éd., p. 878 ; Saleilles, *Elément constit. de la poss.* (*Revue bourguig.*, t. IV, p. 318).

2. Quoique l'art. 2228 parle d'un droit en général, comme la prescription acquisitive n'est applicable qu'à certains droits réels et que par l'art. 3 al. 2 du Code de proc. civ., il n'y a que la possession des immeubles, qui soit couverte, par la protection possessoire, ce n'est que de la possession des droits réels immobiliers qu'on puisse parler.

sacré expressément la théorie traditionnelle, mais bien au contraire (1). La définition, qu'ils ont donnée de la possession : « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom » (art. 2280) ne fait aucune allusion qu'on doive, pour être possesseur détenir à titre de propriétaire. Enfin l'usufruitier, qui est désigné par l'article 2236, comme détenant à titre précaire est néanmoins possesseur au sens technique du mot, car on peut acquérir l'usufruit d'une chose par la possession prolongée de celle-ci.

D'ailleurs, l'inspirateur des rédacteurs, Pothier (*Pandect. de poss.*, I. 2. § 2) et avant lui Cujas (*Cujacius paratitla in C. VIII 4, 6*), faisaient entrer dans la notion de la possession les détentions sans *animus domini*, qui étaient protégés au possessoire et n'exigeaient l'*animus domini*, que pour la possession civile, qui d'après eux était exclusivement la possession nécessaire pour usucaper.

La jurisprudence même s'est dans bien des cas départie de la théorie traditionnelle ; ainsi elle accorde les actions possessoires aux concessionnaires du domaine public, tels que les compagnies de chemins de fer, tout en reconnaissant formellement, que ce n'est pas un droit réel, que ces compagnies auraient sur la chose (Req., 5 nov. 1867, D. P. 68.1. 117. S. 67. 1.417) ; enfin que les dépositaires de titres au porteur (en espèce un notaire et une banque), dépouillés de ces titres, pouvaient, sous le nom de la revendication, mais qui en réalité n'est que l'action

1. MM. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 878.

possessoire en réintégrande, obtenir la restitution de ces titres, même si ceux-ci avaient été mis en gage chez un tiers² (v. note Civ., 28 mars 1888. D. P. 88. 1. 253, S. 88. 1. 265).

Ainsi la loi française ne fait pas obstacle à la possession du fait de précarité ; elle ne fait que refuser expressément à la possession sans *animus domini* de conduire à l'acquisition de la propriété par usucapion, mais cette solution offre le caractère d'une vérité d'évidence et il est inutile d'insister. Mais l'article 23 du Code de procédure civile : « Les actions possessoires ne sont recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou les leurs, à titre non précaire » interprété à la lettre démunirait de toute protection possessoire sous toute forme les détenteurs précaires et sur ce point la législation française est en opposition avec la théorie possessoire moderne. Elle a le tort, à deux points de vue, de ce faire : d'abord si elle avait voulu protéger exclusivement les propriétaires présumés, qui d'ailleurs est un point de vue soutenable (1), il est illogique de protéger les usurpateurs ou tout au moins d'interdire en général au défendeur et spécialement à l'ancien possesseur, dont la chose avait été usurpée par le demandeur, et qu'il a reprise, d'exciper (2) dans l'instance possessoire de sa qualité de propriétaire (3) ; enfin le

1. En tout cas ce n'est pas le point de vue de Pothier, qui faisait naître les actions possessoires d'un délit ou quasi-délit (*Introd. génér. aux coutumes*, n° 118).

2. Je fais allusion à l'article 25 C. proc. civ. « Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés. »

3. Voir le chapitre sur le fondement de la protection possessoire.

législateur, en faisant dépendre la protection possessoire de l'existence de l'*animus domini*, a eu le tort d'aller à l'encontre des faits ; ceux-ci ont été plus forts et ils ont trouvé écho dans la jurisprudence.

La jurisprudence a fait revivre la réintégrande, action possessoire de l'ancien droit (1), qu'elle accorde même aux possesseurs sans *animus domini*, et qui n'entendent en outre même pas exercer un droit réel sur la chose, dans les cas où la compression de la protection possessoire faite par l'article 23 du Code de procédure civile était plus insupportable, c'est-à-dire dans les cas de dépossession violente. Il est vrai que pour échapper aux dispositions formelles du texte précité, la jurisprudence est obligée de faire à l'action en réintégrande une place à part en décidant, qu'elle ne constituerait une action possessoire que *latissimo sensu* (2).

En ces conditions on a nié le caractère d'action possessoire et réelle de celle-ci pour ne voir qu'une action personnelle en réparation du préjudice causé par une voie de fait.

Le seul effet possible de cet ouvrage aura été, par rapport à la législation française, de montrer le néant théorique de la condition de l'*animus domini* pour la notion de la possession et ainsi d'essayer d'apporter un appui à la jurisprudence sur la réintégrande et notamment de montrer, qu'il n'y a pas une impossibilité théorique de ranger malgré tout cette action parmi les actions possessoires et réelles.

La définition de la possession du Code civil réunit les deux notions de la possession, possession économique

1. Consacrée par l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile.

2. V. MM. Colin et Capitant, *op. cit.* p. 1003.

d'une chose et possession d'un droit ; elle n'a que le tort d'être trop large, car la « détention d'une chose » comprend aussi les rapports de pouvoir subordonné sur les choses, or la notion vulgaire de la possession elle-même s'oppose à ce qu'ils y soient inclus et les pratiques économiques obligent de donner au maître la faculté de reprendre à volonté sa chose détenue par un subordonné. Sous ce rapport la rédaction du Code civil suisse qui parle de maîtrise, au lieu de détention, est supérieure.

Vu : le Doyen,
BERTHÉLÉMY

Vu : le président de la thèse,
H. LÉVY-ULMANN

Vu et permis d'imprimer.
le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE (1)

- Amira.* — Obligationen recht, t. I, p. 554 et suiv.
- Appleton (J.).* — Essai sur le fondement de la protection possessoire, 1893.
- Bekker (E. J.).* — Das Recht des Besitzes bei den Römern, 1880.
- Bruns (G. G.).* — Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart.
- Bethmann-Holweg.* — Der Zivilprocess des Gemeinen Recht, in geschichtlicher Entwicklung, t. I.
- Brintz (S.).* — Lehrbuch der Pandekten, 1892.
- Cosack.* — Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, t. II, 1913.
- Cornil (G.).* — Traité de la possession dans le droit romain pour servir de base à une étude comparative des législations modernes, 1905.
- Crome.* — System des deutschen bürgerlichen Rechts, t. III.
- Cuq (E.).* — Recherches sur la possession à Rome, sous la République et aux premiers siècles de l'Empire (Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger, t. XVIII, 1894, p. 5-59).
- Dernburg (H.).* — Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des Römischen Rechts, 1883.
- Dehnow (F.).* — Die tatsächliche Gewalt des Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Thèse Breslau, 1916.
- Endemann.* — Lehrbuch des bürgerlichen Recht, t. II.
- Gierke (O.).* — Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B. G. B. (1897).
- Deutsches privat Recht, 1912, t. II.
- Grimm (J.).* — Das Wort des Besitzes, dans kleinere Schriften, t. I, 2^e édit.

1. Pour des indications bibliographiques plus complètes, consulter Savigny, *Possession*, pour l'époque antérieure à l'apparition de cet ouvrage et Cornil, *Possession*, pour les ouvrages les plus importants parus au cours du XIX^e siècle. Je me suis borné à n'indiquer que les ouvrages les plus importants de ceux cités au cours de l'exposé.

- Glasson (E.)*. — De la possession et des actions possessoires au moyen âge (Nouvelle Revue historique, t. XIV, 1890, p. 588 et suiv.).
- Goldschmidt (L.)*. — Grundlagen der Besitzlehre, dans Vermischte Schrifften, t. I, 1884.
- Heusler (A.)*. — Die Gewere, 1872.
- Hirsch (P.)*. — Die Principien des Sachbesitzerwerbes und Verlustes nach dem Römischen Recht, 1892.
- Huber (E.)*. — Exposé de motifs de l'avant-projet (d'un code civil suisse) du département de Justice et de Police (texte français, 1902).
- Ihering (R. von)*. — Fondement des interdits possessoires, trad. par de Meulenacre, 2^e édition, 1882.
- Du rôle de la volonté dans la possession, trad. idem, 1891.
- Possession ; théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde ; extrait du Handwörterbuch der Staatswissenschaften de Conrad, trad. par de Meulenacre, dans Œuvres choisies, II, 1893.
- Kress*. — Besitz und Recht, 1912.
- Karlowa*. — Römische Rechts geschichte, t. II, p. 316 et suiv.
- Meischeider (E.)*. — Besitz und Besitzschutz, 1876.
- Planck (S.)*. — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-buch, III, 3^e édit., 1906.
- Protokolle der Kommission, für die zwite Lesung eines Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich t. III, p. 31 et suiv.
- Pothier*. — Coutumes des duchés, baillage et prévôté d'Orléan 1772.
- Traité de la possession et de la prescription. 1777.
- Puchta*. — Voir article Besitz dans Weisker Rechtslexikon.
- Randa (A.)*. — Der Besitz nach oterreichem Rechte, mit Berücksichtigung des Gemeinen Rechtes, des preussischen, französischen, italienischen, sächsischen und züricherische Gesetzbuches, 4^e édit., 1895.
- Saleilles (R.)*. — Etude sur les éléments constitutifs de la possession dans la Revue bourguignone de l'enseignement supérieur, t. III, 1893, p. 121-161 ; 697-755 ; t. IV, 1894, p. 201 et s. ; 311 et s.
- De la possession des meubles, étude de droit allemand et français, 1907.
- Savigny (F.-C. von)*. — Traité de la possession du droit romain ; trad. par Staedtler sur la 7^e édit. (1805) publiée par Rudorff, 4^e édit., 1893.

- Strohal (E.)*. — Succession in dem Besitze nach römischen und
hentlichem Recht, 1885.
- Der Sachbesitz, dans *Iherings Jahrbücher*, t. XXXVIII,
p. 11.
- Stobbe-Lehmann*. — Handbuch des Deutschen Privatrecht, 3^e édit.,
t. II.
- Vermond (E.)*. — Théorie générale de la possession en droit
romain, 1895.
- Windscheid (B.)*. — Pandectenrecht, 9^e édit., publiée par Kipp
1916, t. I.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	5
CHAPITRE INTRODUCTIF. — Etymologie et notion populaire de la possession.....	7
CHAPITRE PREMIER. — Fonctions juridiques de la posses- sion.....	11
CHAPITRE II. — Origine et fondement de la protection pos- sessoire.....	27
CHAPITRE III. — Les éléments constitutifs de la possession.....	52
§ 1. — Du <i>corpus</i> en particulier.....	55
§ 2. — De l' <i>animus</i> en particulier.....	79
CONCLUSIONS GÉNÉRALES.....	112
INDEX BIBLIOGRAPHIQUE.....	121

